



# UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI VERONA

AREA RICERCA

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI VERONA

*DIPARTIMENTO DI  
SCIENZE GIURIDICHE*

*SCUOLA DI DOTTORATO DI  
SCIENZE GIURIDICHE ED ECONOMICHE*

*DOTTORATO DI RICERCA IN  
SCIENZE GIURIDICHE EUROPEE E INTERNAZIONALI*

*Con il contributo di  
FONDAZIONE CARIVERONA*

CICLO /ANNO XXXII°

**LA CAUSA DEL PATTO MARCIANO BANCARIO TRA GARANZIA,  
SOLUTIO E AUTOTUTELA Satisfattiva**

S.S.D. IUS/01

**Coordinatore:** Chiar.mo Prof. Giovanni Rossi

**Tutor:** Chiar.mo Prof. Stefano Troiano

**Dottoranda:** Dott.ssa Abigail Owusu

Quest'opera è stata rilasciata con licenza Creative Commons Attribuzione – non commerciale

Non opere derivate 3.0 Italia. Per leggere una copia della licenza visita il sito web:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/>



**Attribuzione**



**NonCommerciale**



**Non opere derivate**

La causa del patto marciano bancario tra garanzia, *solutio* e autotutela  
satisfattiva – Abigail Owusu

Tesi di Dottorato

Verona, 10 dicembre 2020

## SOMMARIO

Prendendo le mosse dalla *ratio* del divieto del patto commissorio, la Suprema Corte e la dottrina hanno sancito la liceità del c.d. patto marciano, ossia di quella convenzione con la quale si conviene che, in caso di inadempimento di un debito, il creditore acquisti la proprietà di un bene del debitore, con l'obbligo, per il creditore, di versare al debitore l'eventuale eccedenza di valore del bene, stimato da un terzo, rispetto all'importo del debito inadempito.

Nell'ambito delle recenti riforme del sistema creditizio bancario, il legislatore ha espressamente disciplinato il patto marciano, consentendo agli istituti di credito di ottenere, nel caso di inadempimento, il trasferimento della proprietà del bene concesso a garanzia del finanziamento dal debitore (o da un terzo garante). Tale previsione è stata introdotta nell'ambito del credito immobiliare ai consumatori, all'art. 120-*quinquiesdecies* TUB, dal d. lgs. 21 aprile 2016, n. 72, attuativo della Dir. 2014/17/UE e, nell'ambito del finanziamento alle imprese, all'art. 48-*bis* TUB, dal d.l. 3 maggio 2016, n. 59, convertito con modificazioni in l. 30 giugno 2016, n. 119.

Prendendo spunto dalle novelle con le quali sono state disciplinate figure «speciali» di patto marciano, la ricerca indaga anzitutto la portata del divieto del patto commissorio alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale. Esaminata nel dettaglio la fattispecie di cui all'art. 48-*bis* TUB, il lavoro ricostruisce la figura generale di patto marciano, individuandone le origini e le caratteristiche principali. Il cuore del lavoro è rappresentato dallo studio della causa del trasferimento della proprietà disciplinato dall'art. 48-*bis* TUB. In particolare, muovendo dalla distinzione tra la convenzione marciana, il patto commissorio e la *datio in solutum*, l'indagine è volta a verificare se il patto marciano di cui all'art. 48-*bis* TUB si presti ad essere qualificato come una alienazione con funzione di garanzia, solutoria, ovvero di autosoddisfacimento del creditore.

## ABSTRACT

*Moving from the ratio of the prohibition of the so-called «patto commissorio», the Supreme Court and scholars have recognized the legitimacy of the so-called «patto marciano», that is the agreement by which the parties agree that, in case of default, the creditor acquires ownership of an asset of the debtor, with the creditor's obligation to return the debtor any excess value of the asset, estimated by a third party, with respect to the amount of the outstanding debt.*

*As part of the recent reforms of the bank credit system, the legislator intervened explicitly on the so-called «patto marciano», which allows banks to obtain the transfer in their favor of the property of the borrower (or of the third-party guarantor) granted as security of the loan, in case of default by the borrower. This provision was introduced under article 120-quinquiesdecies of the Italian Consolidated Banking Act (CBA) for consumer real estate loans and article 48-bis of the CBA for corporate loans by, respectively, the Legislative Decree no. 72, 21st April 2016, implementing the European Directive 2014/17/EU and the Legislative Decree no. 59, 3<sup>rd</sup> May 2016, converted with amendments into Law no. 119, 30th June 2016.*

*Taking the cue from the recent reforms introducing special provisions on the so-called «patto marciano» the dissertation analyses, first and foremost, the rule of the unlawfulness of the so-called «patto commissorio» as well as the interpretative evolution and case law adaptations.*

*Furthermore, moving from the new provision set out in art. 48-bis CBA, the research also analyses the «patto marciano», describing its origins and main features.*

*The critical point of the research is the issue regarding the true purpose of the transfer of ownership set out in art. 48-bis CBA. In particular, moving from the distinction between «patto marciano», «patto commissorio» and the «datio in solutum» (giving in payment) the research verifies if the institute at hand constitutes a case of transfer of ownership by way of security, if it is a way of fulfilment of the secured obligation, or if it is a self-help remedy.*

## INDICE

<b>Introduzione</b>	p. 8
---------------------	------

### CAPITOLO PRIMO

#### I RAPPORTI TRA IL PATTO COMMISSORIO E IL PATTO MARCIANO

1. L'evoluzione storica del patto commissorio: la <i>lex commissoria</i> romana.	p. 12
2. (segue) il patto commissorio nel codice italiano del 1865.	p. 15
3. (segue) il patto commissorio nel codice vigente: dal rigido divieto normativo al suo temperamento in via interpretativa.	p. 18
4. La natura giuridica della pattuizione commissoria: cenni.	p. 23
5. La ratio del divieto del patto commissorio.	p. 26
6. Figure particolari di patto commissorio.	p. 33
7. Il divieto del patto commissorio nel diritto inglese: la <i>foreclosure</i> .	p. 39
8. Il patto marciano.	p. 42
9. Il fondamento della validità del patto marciano.	p. 46
10. Il marciano nei recenti interventi legislativi: a) cessione del credito o trasferimento della proprietà con funzione di garanzia nei contratti di garanzia finanziaria.	p. 49
11. (segue) b) il prestito vitalizio ipotecario.	p. 54
12. (segue) c) il pegno mobiliare non possessorio.	p. 62

13. (segue) d) il patto marciano nel credito immobiliare ai consumatori. p. 70

## **CAPITOLO SECONDO**

### **IL PATTO MARCIANO «BANCARIO» (ART. 48-BIS TUB)**

1. Il finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile  
sospensivamente condizionato: l'ambito soggettivo della disciplina. p. 79
2. (segue) l'ambito oggettivo. p. 83
3. La condizione sospensiva dell'inadempimento. p. 85
4. (segue) l'effetto esdebitatorio: effetto connaturato al patto marciano bancario o  
ricavabile per via di estensione analogica? p. 90
5. (segue) l'effetto esdebitatorio: possibilità di una sua introduzione per volontà  
delle parti mediante una pattuizione espressa. p. 101
6. Il procedimento di stima. p. 105
7. Effetti e trascrizione del patto marciano. p. 110
8. (segue) cumulabilità tra ipoteca e patto marciano. p. 113
9. Esecuzione forzata e fallimento del titolare del diritto reale sull'immobile  
trasferito. p. 117
10. Il problema dell'ammissibilità di un marciano atipico. p. 122
11. (segue) dai sottotipi al tipo generale del patto marciano. p. 124

## CAPITOLO TERZO

### LA FUNZIONE DEL PATTO MARCIANO «BANCARIO»

1. La funzione del patto commissorio e del patto marciano: inquadramento generale. p. 128
  2. Le alienazioni in funzione di garanzia e il problema della causa. p. 130
  3. (segue) il trasferimento della proprietà di attività finanziarie a scopo di garanzia. p. 134
  4. (segue) l'alienazione in funzione di garanzia nel diritto tedesco: *die Sicherungsbereignung*. p. 135
  5. La funzione di garanzia. p. 139
  6. La funzione solutoria. La *datio in solutum*. p. 143
  7. (segue) l'incompatibilità funzionale tra patto commissorio e patto marciano da un lato, e *datio in solutum* dall'altro. p. 150
  8. Il patto marciano «bancario» come alienazione con funzione di garanzia e di autosoddisfacimento del creditore. p. 153
- Conclusioni** p. 162
- Bibliografia** p. 166

## Introduzione

Il presente lavoro è sollecitato dalla constatazione delle criticità che connotano le forme tradizionali di garanzia del credito del nostro ordinamento, da più parti ritenute poco adatte ad assecondare le mutevoli esigenze dell'impresa<sup>1</sup>. Invero, la natura della ricchezza dell'impresa – prevalentemente costituita dai beni utilizzati nel processo produttivo, dalle merci e dai crediti – se, da un lato, sovente esclude l'utilizzabilità dell'ipoteca, dall'altro, rende improponibile il ricorso allo schema codicistico del pegno, presupponendo quest'ultimo lo spossessamento del debitore<sup>2</sup>.

Più in generale, i nodi problematici del sistema tradizionale delle garanzie reali risultano riconducibili a quattro elementi: a) assenza di garanzie mobiliari non possessorie; b) assenza di un registro informatico che tenga traccia, su base nazionale, dei beni mobili adoperati come *collateral*; c) ordine di soddisfazione dei crediti, talvolta, penalizzante per il creditore garantito; d) impossibilità di escutere la garanzia al di fuori di una procedura giudiziaria<sup>3</sup>.

Con particolare riguardo all'ultimo dei suddetti profili occorre segnalare come tra le disposizioni di diritto sostanziale vigenti nel nostro ordinamento che incidono sulle modalità di realizzazione della garanzia vi siano senz'altro quelle relative al divieto del patto commissorio, le quali pongono precisi limiti alla

<sup>1</sup> L. BARBIERA, *Autonomia privata e garanzie reali: un rapporto difficile, scolorotizzato da chiusure specialistiche e da dogmi tradizionali passivamente accettati*, in AA. VV., *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Padova, 1991, p. 843 ss.; G. TUCCI, *Garanzia*, in *Dig. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 579 ss., spec. p. 592 ss.; E. GABRIELLI, *Studi sulle garanzie reali*, Torino, 2015, p. 29 ss.

<sup>2</sup> G. TUCCI, *Garanzie sui crediti dell'impresa e tutela dei finanziamenti*, Milano, 1974, p. 194 ss.; G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, Napoli, 1993, p. 16.

<sup>3</sup> Cfr. E. BRODI, *Il sistema delle garanzie in Italia: una lettura economica delle disposizioni in materia di privilegio, pegno e ipoteca*, in *Questioni di Economia e Finanza (occasional paper)* della Banca d'Italia, n. 356, 2016, p. 10, disponibile in [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it). In tempi recenti la situazione del nostro Paese è stata fotografata dall'indicatore «getting credit», contenuto nel rapporto «Doing Business» dalla Banca Mondiale. L'ultimo studio disponibile – non aggiornato alle modifiche del cd. decreto banche – collocava il nostro Paese al 97° posto tra le 189 economie considerate, segnalando la debolezza del quadro normativo interno.



possibilità di convenire forme di escussione della garanzia non riconducibili al modello (essenzialmente giudiziale) proprio delle garanzie reali tipiche<sup>4</sup>.

Orbene, è noto che nel corso degli ultimi anni si è assistito ad una serie di interventi che hanno apportato al panorama poc'anzi descritto significative novità. Le fattispecie di recente introduzione sono, in sintesi, l'introduzione – ad opera del d. lgs. 21 aprile 2016, n. 72, attuativo della Dir. 2014/17/UE – nel titolo VI del Testo Unico Bancario del nuovo capo I *bis* (artt. da 120-*quinquies* a 120-*noviesdecies*), intitolato «credito immobiliare ai consumatori»; la rimodulazione della disciplina del prestito vitalizio ipotecario ad opera dell'art. 1, primo comma, l. 2 aprile 2015, n. 44; l'introduzione del pegno non possessorio e del nuovo art. 48-*bis* TUB (finanziamento alle imprese garantito da trasferimento condizionato di un immobile) ad opera del d.l. 3 maggio 2016, n. 59, convertito con modificazioni in l. 30 giugno 2016, n. 119.

Si tratta nel complesso di misure che promuovono una più celere soddisfazione delle pretese creditorie, rispondendo ad un'esigenza particolarmente avvertita nel nostro ordinamento, segnato da inefficienze nel funzionamento del sistema giudiziario e da procedure di recupero piuttosto lunghe<sup>5</sup>.

Fra gli spunti più interessanti offerti dalle citate innovazioni legislative spicca senza dubbio il ripetuto ricorso allo schema caratteristico del patto marciano. Le nuove disposizioni, infatti, nel disciplinare la fase di escussione delle garanzie, consentono, in caso di inadempimento del debitore, l'appropriazione del bene da parte del creditore (o gli attribuiscono il diritto di alienarlo) previa stima e con l'obbligo di restituire l'eventuale eccedenza di valore del bene rispetto all'importo del debito inadempito.

Negli interventi normativi citati si assiste quindi all'introduzione, sia pure in presenza di presupposti ben delimitati e negli specifici settori a cui si riferisce ciascun intervento, della disciplina positiva di un istituto che, come è noto, la

<sup>4</sup> G. TUCCI, *Garanzia. Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, p. 2 ss.

<sup>5</sup> Si è in particolare rilevato come una durata elevata della procedura di realizzo non comporti solo un differimento del momento in cui il creditore ottiene soddisfazione, ma anche una contrazione della percentuale di recupero. In ultima analisi, una rapida escussione del *collateral* risulta fondamentale per assicurare la stabilità dello stesso sistema creditizio; cfr. E. BRODI, *Il sistema delle garanzie*, cit., p. 31.

giurisprudenza, sulla scorta della dottrina, aveva comunque da tempo ammesso, fissandone, anche con più recenti pronunciamenti, i caratteri necessari al fine di salvaguardarne la legittimità.

Si tratta in alcuni casi di un patto marciano nella sua versione paradigmatica, in cui il creditore acquista, a seguito dell'inadempimento, la proprietà della cosa, mentre in altri, in particolare nella disciplina del prestito vitalizio ipotecario, è prevista la variante in cui al creditore è consentito di alienare a terzi il bene, al fine di soddisfarsi sul ricavato.

Il quadro che risulta dai suddetti interventi normativi presenta tuttavia una evidente singolarità: il patto marciano di diritto comune è, allo stato, un contratto atipico mentre i suoi sottotipi risultano tipizzati dal legislatore. Inoltre, la tendenziale cogenza della disciplina dettata per ciascuna fattispecie marciana tipica conferisce ai sottotipi una rigida peculiare conformazione.

La codificazione da parte del legislatore delle citate fattispecie speciali di patto marciano se, da un lato, conferma l'esattezza dell'opinione espressa dalla dottrina e dalla giurisprudenza dominanti circa l'ammissibilità di tale convenzione, dall'altro lato, pone più di un problema all'interprete, che si trova in difficoltà tanto nel ricostruire le figure coniate dal legislatore di settore quanto nell'inquadrarle nel sistema, soprattutto ove si proponga di chiarire i rapporti tra le stesse ed il patto marciano di diritto comune.

Focalizzando poi l'attenzione sulla fattispecie del marciano c.d. «bancario», l'introduzione dell'art. 48-*bis* TUB ha riaperto il dibattito concernente il fondamento causale del patto marciano. Segnatamente, ci si chiede se le ricostruzioni tradizionali elaborate in tema di causa dell'alienazione marciana (e commissoria) debbano essere ripensate alla luce delle nuove regole che consentono l'acquisizione del bene da parte del creditore bancario.

Lo studio che ci si propone di svolgere inquadra la problematica del patto marciano in una prospettiva più ampia di quanto si sia fatto finora, tenendo anche ben presenti le influenze del diritto dell'Unione Europea sul diritto interno. A titolo esemplificativo, si pensi sin d'ora alla previsione, di cui all'art. 6, comma 2, d. lgs. 21 maggio 2004, n. 170, dell'inapplicabilità dell'art. 2744 c.c. ai contratti di garanzia finanziaria, che è stata introdotta nell'ordinamento interno proprio in attuazione della Dir. 2002/47/CE in materia di *financial collateral agreements*.

In siffatta prospettiva, verranno inoltre considerate le soluzioni che le medesime problematiche ricevono in altri Stati europei, avuto particolare riguardo al *common law* inglese e alla Germania.

Dall'analisi dell'istituto della *foreclosure* emergerà come il *common law* inglese – tradizionalmente caratterizzato da una massima tutela dell'autonomia privata – non ammette il conseguimento, da parte del creditore garantito, del diritto di proprietà sul bene concesso in garanzia al di fuori di una procedura giudiziaria.

Lo studio dell'esperienza giuridica tedesca permetterà invece di apprezzare come, pur in presenza di norme dal tenore analogo ai nostri artt. 2744 e 1963 c.c. (§§ 1149 e 1229 BGB), quell'ordinamento si sia mostrato assai più propenso del nostro ad accogliere le istanze avanzate dalla prassi commerciale, valorizzando la funzione del negozio realizzato e ponendo su un piano del tutto subordinato la sua veste formale.

In questo quadro, il primo capitolo indagherà i rapporti tra il patto commissorio e il patto marciano con il preciso obiettivo di ricostruire il fondamento della validità del secondo; il secondo capitolo conterrà un'analisi nel dettaglio della fattispecie del marciano c.d. «bancario» tesa non solo a mettere a fuoco i confini dei nuovi marciani e ad offrirne il corretto inquadramento nel sistema, ma anche a delineare gli elementi che concorrono a integrare la fattispecie generale e determinare le regole ad essa applicabili.

L'ultimo capitolo sarà, infine, dedicato ad individuare il fondamento causale del patto marciano bancario. Si tenterà, in particolare, di verificare se il patto marciano di cui all'art. 48-*bis* TUB si presti ad essere qualificato come una alienazione con funzione di garanzia, solutoria, ovvero di autosoddisfacimento del creditore.

## CAPITOLO PRIMO

### I RAPPORTI TRA IL PATTO COMMISSORIO E IL PATTO MARCIANO

SOMMARIO: 1. L'evoluzione storica del patto commissorio: la *lex commissoria* romana. – 2. (segue) il patto commissorio nel codice italiano del 1865. – 3. (segue) il patto commissorio nel codice vigente: dal rigido divieto normativo al suo temperamento in via interpretativa. – 4. La natura giuridica della pattuizione commissoria: cenni. – 5. La ratio del divieto del patto commissorio. – 6. Figure particolari di patto commissorio. – 7. Il divieto del patto commissorio nel diritto inglese: la *foreclosure*. – 8. Il patto marciano. – 9. Il fondamento della validità del patto marciano. – 10. Il marciano nei recenti interventi legislativi: a) cessione del credito o trasferimento della proprietà con funzione di garanzia nei contratti di garanzia finanziaria. – 11. (segue) b) il prestito vitalizio ipotecario. – 12. (segue) c) il pegno mobiliare non possessorio. – 13. (segue) d) il patto marciano nel credito immobiliare ai consumatori.

1. *L'evoluzione storica del patto commissorio: la lex commissoria romana.* – La *lex commissoria* si presentò inizialmente come clausola accessoria del patto di compravendita, in virtù della quale – qualora il compratore non avesse pagato il prezzo entro un determinato termine – il venditore poteva considerare il contratto come non stipulato<sup>6</sup>. Tale clausola fu per lungo tempo considerata una vera e propria condizione sospensiva<sup>7</sup>; solo a partire dal II secolo d.C. i giureconsulti cominciarono ad inquadrare la clausola in parola in uno schema oggi riconducibile a quello della condizione risolutiva<sup>8</sup>.

Successivamente, secondo i più in epoca classica, si affermò l'idea della necessità di verificare caso per caso – indagando la comune intenzione delle parti – se la condizione apposta mediante convenzioni quali la *lex commissoria* dovesse essere considerata sospensiva o risolutiva<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Si trattava in sostanza di una clausola di recesso a favore del venditore. Per un approfondimento sul tema si rinvia a V. ARANGIO RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, II, Napoli, 1963, p. 400 ss.

<sup>7</sup> Così Paolo in D. 41, 4, 2-3, il quale attribuisce a Sabino la configurazione della *lex commissoria* della vendita come condizione sospensiva.

<sup>8</sup> Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 249 ss.

<sup>9</sup> V. ARANGIO RUIZ, *La compravendita*, cit., p. 406 ss.

Oltre che nel contratto di vendita, la *lex commissoria* poteva essere inserita in tutti i contratti a prestazioni corrispettive<sup>10</sup>. La convenzione commissoria veniva in particolare impiegata nella *fiducia cum creditore* e nel *pignus*<sup>11</sup>.

La *fiducia*<sup>12</sup> consisteva in una alienazione solenne della proprietà quiritaria generante un'obbligazione restitutoria a carico dell'alienatario sanzionabile con un'apposita azione: l'*actio fiduciae*.

Due erano le tipologie di *fiducia* conosciute dal diritto romano: la *fiducia cum amico* e la *fiducia cum creditore*.

La *fiducia cum amico* veniva impiegata per il soddisfacimento di una moltitudine di interessi negoziali mentre la *fiducia cum creditore* veniva utilizzata per la costituzione di una garanzia reale<sup>13</sup>. Mediante la stipulazione del c.d. *pactum fiduciae* veniva poi disciplinato l'obbligo restitutorio.

Nella *fiducia cum creditore* il *pactum fiduciae* veniva configurato in maniera tale che l'obbligo restitutorio gravante sul fiduciario venisse meno in caso di inadempimento del credito garantito. Il creditore poteva così soddisfarsi in modo immediato e diretto trattenendo in pagamento del credito insoluto la cosa ricevuta in garanzia. In questo caso la struttura del *pactum fiduciae* finiva sostanzialmente col coincidere con il contenuto della *lex commissoria*<sup>14</sup>.

Ben presto divenne frequente l'uso di munire la *fiducia cum creditore* di un *pactum vendendi*. Detta ultima pattuizione consentiva al creditore, in caso di mancato pagamento alla scadenza del credito garantito, il diritto di vendere la cosa data in garanzia a terzi e di trattenere il prezzo a titolo di soddisfacimento del proprio

<sup>10</sup> Cfr. A. SACCHI, *Sul patto commissorio in diritto romano*, in *Arch. Giur.*, 1894, p. 189 ss.

<sup>11</sup> Sull'impiego del patto commissorio nei contratti di garanzia nel diritto romano si rinvia a A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino, 1949, p. 10 ss.

<sup>12</sup> In argomento v. G. GROSSO, *Fiducia (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 384 ss.; G. DIURNI, *Fiducia e negozio fiduciario (storia)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 288 ss.

<sup>13</sup> Sulla *fiducia cum creditore*, v. P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano*, II, Padova, 1963, p. 1 ss.; A. BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano*, Milano, 1976, p. 20 ss.; A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., p. 2 ss.

<sup>14</sup> *Ivi*, p. 16. Secondo l'Autore nella suddetta fattispecie la *lex commissoria* esaurisce il contenuto del *pactum fiduciae* venendo, anzi, a coincidere con il patto annesso al negozio fiduciario al fine di adattare quest'ultimo alla funzione di pignoramento.

credito<sup>15</sup>, salvo l'obbligo di restituire al fiduciante l'eventuale eccedenza (*superfluum*)<sup>16</sup>.

In un primo momento il *vendere licere* era pattuito nell'interesse del solo creditore, costui non era infatti obbligato ad effettuare la vendita potendo invece scegliere di appropriarsi del bene.

A seguito di una ulteriore evoluzione dell'istituto, il *pactum vendendi* diventò un effetto naturale della *fiducia cum creditore* mentre la *lex commissoria* divenne l'eccezione. Fu così che il patto commissorio subì una dissociazione dalla struttura e dalla funzione naturale della *fiducia cum creditore* divenendo una operazione negoziale alternativa al *pactum vendendi* operante solo se espressamente pattuita<sup>17</sup>.

Come accennato in apertura, anche nel *pignus*<sup>18</sup> era frequente il ricorso alla *lex commissoria*. Segnatamente, l'immediata soddisfazione del creditore che si otteneva con la *fiducia* condusse alla frequente apposizione della *lex commissoria* anche al *pignus*, al fine di pervenire al medesimo risultato. Come per la *fiducia* anche nel *pignus* la *lex commissoria* si configurava come una condizione sospensiva avente ad oggetto la venuta ad esistenza di una giusta causa del trasferimento solutorio<sup>19</sup>. Tuttavia, a differenza della *fiducia* la *lex commissoria* nel *pignus* ha sempre integrato una pattuizione secondaria e ulteriore rispetto allo schema tipico del negozio<sup>20</sup>. Nondimeno, i due istituti divennero affini sul piano strutturale quando il *pactum vendendi* divenne elemento naturale della *fiducia cum creditore*. Invero, in entrambi i casi la *lex commissoria* si configurava come una clausola accessoria del contratto di garanzia<sup>21</sup>.

La *fiducia* continuò ad essere utilizzata come contratto di garanzia per tutto il I sec. d. C. per poi scomparire definitivamente nel III sec<sup>22</sup>, salvo essere sostituita dal *pignus*.

<sup>15</sup> P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., p. 31 ss.

<sup>16</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., p. 27.

<sup>17</sup> *Ivi*, p. 28 s.

<sup>18</sup> A. BURDESE, *Pegno*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 662 ss.

<sup>19</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., p. 111 s.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> G. GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione*, Milano, 1935, p. 39 s.; A. BURDESE, *o.l.u.c.*

<sup>22</sup> V. MANNINO, *Garanzie dell'obbligazione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 620.

La *lex commissoria* fu impiegata nei contratti di garanzia fino al divieto dell'imperatore Costantino del 324 d.C.<sup>23</sup>.

Da allora il patto commissorio è stato regolarmente vietato fino alle codificazioni moderne<sup>24</sup>.

A fronte del suddetto divieto fiorirono nel corso del tempo tutta una serie di convenzioni che conducevano comunque al soddisfacimento del creditore attraverso il trasferimento della proprietà del bene offerto in garanzia salvaguardando tuttavia la posizione del debitore. Tra gli schemi negoziali impiegati a tal fine meritano di essere ricordati la vendita del pegno al creditore<sup>25</sup>, la costituzione di ipoteca con tacito *ius vendendi* del creditore<sup>26</sup>, la *datio in solutum* del pegno<sup>27</sup> nonché, naturalmente, il patto marciano<sup>28</sup>.

2. (segue) *il patto commissorio nel codice italiano del 1865*. – Nel diritto intermedio il patto commissorio tornò nuovamente a diffondersi. L'istituto del pegno germanico coincideva infatti con la convenzione commissoria<sup>29</sup>.

<sup>23</sup> Cfr. C. Th., 3, 2, 1, «*Quoniam inter alias captiones precipue commissoriae legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. Creditores enim re amissa inbemus recipere quod dederunt*».

<sup>24</sup> Si veda, ad esempio, oltre all'Italia, il codice civile francese ante riforma del 2006 (artt. 2078), il BGB Tedesco (§§ 1149 e 1229); il codice civile austriaco (§ 461); il codice civile svizzero (art. 816); il codice civile spagnolo (art. 1859) e il codice civile portoghese (artt. 694 e 678).

<sup>25</sup> Cfr. D. 20, 5, 12 pr.

<sup>26</sup> Cfr. C. 8, 34, 1.

<sup>27</sup> Cfr. C. 8, 13 (14), 13; C. 4, 51, 4.

<sup>28</sup> Cfr. D. 20, 1, 16, 9.

<sup>29</sup> Cfr., in argomento, M. BIANCA, *La fiducia attributiva*, Torino, 2002, p. 15; E. BESTA, *I diritti sulle cose nella storia del diritto italiano*, Padova, 1933, p. 255, il quale rileva come «i documenti longobardi raffigurano sovente il pegno, specialmente immobiliare, come una *datio in affiduciato*. Per essa i beni passavano senz'altro in proprietà ed in possesso del creditore salvo a dover essere restituiti se il debito fosse stato pagato». Secondo P.S. LEICHT, *Storia del diritto italiano. Il diritto privato*, II, *Diritti reali e di successione*, Milano, 1943, p. 100, questa forma di garanzia si sarebbe sviluppata sotto l'influenza della fiducia romana.

Nel 1198 Innocenzo III bandì l'utilizzo della clausola commissoria, la quale pertanto tornò ad essere illecita secondo il diritto canonico<sup>30</sup>.

Nei secoli successivi il divieto del patto commissorio fu espressamente codificato nel *Code Napoléon*, risultando tuttavia circoscritto al pegno (art. 2078 c. c.) e all'anticresi (art. 2088 c.c.)<sup>31</sup>. Il silenzio del *code civil* con riguardo alla garanzia ipotecaria pareva giustificarsi alla luce della tradizione normativa francese che prevedeva, in materia ipotecaria, una procedura esecutiva non derogabile dalle parti<sup>32</sup>.

Anche il codice italiano del 1865, sulla scia del *Code Napoléon*, vietò il patto commissorio per il caso dell'anticresi (art. 1894 c.c.) e del pegno (artt. 1884, secondo comma, c.c.), nulla disponendo in merito al patto commissorio ipotecario.

Il codice civile del 1865 introdusse altresì il c.d. patto commissorio tacito, che riprendeva il concetto della tradizione romanistica di *lex commissoria*, intesa come clausola applicabile a qualsiasi contratto sinallagmatico ed in virtù della quale nel caso in cui una delle due parti non adempisse alla propria obbligazione, l'altra non aveva più l'obbligo di adempiere alla propria potendo, altresì, domandare la restituzione di quanto già dato<sup>33</sup>.

Durante la vigenza del codice del 1865 i dubbi maggiori concernenti le disposizioni succitate riguardarono i casi non espressamente disciplinati e, in

<sup>30</sup> *De pignori*, *Significante*, X.3.21.7. Rileva, tuttavia, A. ROMANO, *Garanzie dell'obbligazione nel diritto medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 627 come a fronte dell'espresso divieto normativo il risultato vietato veniva conseguito attraverso lo schema della vendita con patto di riscatto.

<sup>31</sup> Cfr. G. A. ROGRON, *Codice civile spiegato*, trad. it. di M. della Croce Petrucci, Napoli, 1842, II, p. 862 ss.

<sup>32</sup> Sul punto cfr. C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, p. 215, p. 100, secondo il quale «il silenzio che si riscontra per quanto riguarda l'esecuzione immobiliare doveva spiegarsi nell'implicito riconoscimento che la realizzazione dell'ipoteca non poteva essere un affare privato del creditore».

<sup>33</sup> G. PIOLA, *Patto commissorio*, in *Dig. it.*, XVIII, Torino, rist. 1928, p. 1029 s.



particolare, le ipotesi del patto apposto all'ipoteca e del c.d. patto commissorio *ex intervallo*, cioè pattuito successivamente al contratto di garanzia<sup>34</sup>.

In ordine al primo problema, al filone favorevole all'ammissibilità del patto commissorio ipotecario si contrapponeva l'orientamento che ne negava la validità. Secondo i sostenitori di quest'ultima opinione, il divieto del patto commissorio, pur essendo enunciato soltanto per il pegno e l'anticresi, rappresenterebbe la manifestazione di un principio generale che escluderebbe la liceità di un assoggettamento convenzionale del debitore ad un potere di autotutela e di autosoddisfacimento del creditore. Il principio discenderebbe dall'essere, nel nostro ordinamento, la tutela del diritto riservata allo Stato come suo monopolio esclusivo<sup>35</sup>.

A favore del patto commissorio ipotecario si esprimeva, invece, un'altra parte della dottrina<sup>36</sup>. In particolare, l'esistenza nel codice civile di espresse ipotesi di autosoddisfacimento del creditore, non mediate dal ricorso agli strumenti di tutela giurisdizionale, quali la cessione dei beni ai creditori o il pegno irregolare, smentirebbe l'esistenza, nel nostro ordinamento, di un principio di inderogabilità della procedura esecutiva<sup>37</sup>. Quest'ultimo fu l'orientamento che, alla fine, finì per

<sup>34</sup> N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000; p. 47 ss.

<sup>35</sup> Così E. BETTI, *Su gli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, p. 699 ss. Nello stesso senso E. ENRIETTI, *Patto commissorio ex intervallo*, in *Riv. dir. priv.*, 1939, I, p. 21 ss.; *contra*, C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 96 ss.

<sup>36</sup> A. BUTERA, *Il patto commissorio nel mutuo ipotecario*, *Giur. it.*, 1918, I, c. 499 s.; M. MARTORANA, *Del patto commissorio nel mutuo ipotecario*, in nota a Cass. Regno, 9 giugno 1925, in *La Corte di cassazione*, 1925, c. 1301 ss.

<sup>37</sup> Così M. DI PAOLO, *Patto commissorio*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, p. 309 ss.

prevalere in giurisprudenza<sup>38</sup>, mentre in dottrina rimase dominante la tesi opposta<sup>39</sup>.

Anche con riguardo al patto commissorio *ex intervallo*, all'atteggiamento favorevole della giurisprudenza<sup>40</sup> si contrappose l'orientamento contrario della dottrina prevalente<sup>41</sup>.

3. (segue) *il patto commissorio nel codice vigente: dal rigido divieto normativo al suo temperamento in via interpretativa.* – L'art. 2744 c.c. del vigente codice civile sancisce la nullità del patto commissorio apposto all'ipoteca e al pegno. La sanzione della nullità è parimenti prevista per il patto posteriore alla costituzione dell'ipoteca o

<sup>38</sup> V., *ex multis*, Cass. Roma, 28 luglio, 1923, in *Foro it.*, 1923, I, c. 935 ss.; Cass. Regno, 7 ottobre 1924, in *Foro it.*, 1925, c. 63 ss.; Cass. Regno, 31 marzo 1925, *ivi*, 1926, I, c. 282 ss., con nota di G. STOLFI, *Patto commissorio e ipoteca*, Cass. Regno, 7 gennaio 1928, in *Riv. dir. comm.*, 1929, II, p. 46 ss., con nota di B. BRUGI, *Limiti del divieto del patto commissorio*; Cass. Regno, 22 febbraio 1937, *Foro it.*, 1937, I, c. 1396 ss.; Cass. s.u., 1° luglio 1947, n. 1037, in *Giur. it.*, 1947, I, 1, c. 461 ss. Secondo l'orientamento in parola, il divieto di legge, limitando la libertà delle parti, doveva essere considerato una norma di carattere eccezionale e, pertanto, insuscettibile di applicazione analogica.

<sup>39</sup> Cfr. G. MIRABELLI, *Del diritto dei terzi secondo il codice civile italiano*, I, Torino, 1889, p. 598; G. APICELLA, *Mutuo*, in *Dig. it.*, XV, Torino, rist. 1929, p. 1199 ss.; G. P. CHIRONI, *Ipoteca e patto commissorio*, in *Riv. dir. comm.*, 1917, II, p. 706; G. STOLFI, *Patto commissorio*, cit., p. 282 ss.; E. ALBERTARIO, *Sulla nullità del patto commissorio aggiunto al mutuo ipotecario*, in *Riv. dir. comm.*, 1924, II, p. 233 ss.

<sup>40</sup> Cass. Torino, 10 marzo 1919, in *Riv. dir. comm.*, 1919, II, p. 396 ss.; Cass. Torino, 10 marzo 1887, in *Foro it.*, 1887, I, c. 484 ss. Il giudizio di liceità del patto marciano *ex intervallo* sotto la vigenza del codice civile del 1865, anche dopo la codificazione del 1942, è stato successivamente ribadito da Cass., 21 luglio 1956, n. 2828, in *Foro it.*, Rep. 1956, voce *Patto commissorio*, n. 6 e Cass., 13 dicembre 1969, n. 3969, *ivi*, Rep. 1970, voce *cit.*, n. 3.

<sup>41</sup> G. MIRABELLI, *Del diritto dei terzi*, cit. p. 600 ss.; G. P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, 2ª ed., Milano-Torino-Roma, 1918, p. 575 ss., spec. p. 577 s.; B. BRUGI, *Patto commissorio ex intervallo*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, II, p. 396 ss.; E. ENRIETTI, *Patto commissorio*, cit., p. 21 ss. Favorevole alla validità del patto commissorio *ex intervallo* è invece C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, IV, 5ª ed., Milano, 1926, p. 282.

del pegno. In termini sostanzialmente identici si esprime l'art. 1963 c.c. con riguardo al patto commissorio dell'anticresi<sup>42</sup>.

L'entrata in vigore delle suddette disposizioni pose il problema di individuare l'effettivo ambito applicativo della nuova normativa.

La giurisprudenza mantenne, nei confronti del divieto del patto commissorio, lo stesso atteggiamento restrittivo che aveva avuto prima del 1942. Per molto tempo, infatti, furono considerate valide la vendita fiduciaria e la vendita con patto di riscatto effettuate a scopo di garanzia, considerate differenti dal patto commissorio<sup>43</sup>. La liceità o meno dell'operazione negoziale veniva determinata in relazione al momento in cui avveniva il trasferimento: se il trasferimento della proprietà del bene era immediato, il patto era valido; se esso avveniva solo in seguito al verificarsi della condizione sospensiva (inadempimento del debitore), era nullo. In altre parole, il suddetto orientamento giurisprudenziale considerava valide le operazioni negoziali che realizzavano l'assetto di interessi proprio del patto commissorio impiegando, a scopo di garanzia, lo schema della vendita con patto di riscatto.

La dottrina prevalente si oppose a questa ricostruzione della giurisprudenza. Rilevavano in particolare i sostenitori di tale orientamento come il momento del trasferimento del bene non fosse in grado di incidere sull'assetto di interessi realizzato nelle due fattispecie. Il giudizio di liceità dell'operazione negoziale posta in essere dalle parti avrebbe dovuto vertere sulla loro reale intenzione: un'eventuale

<sup>42</sup> La pietra miliare negli studi sul tema è rappresentata dalla monografia di C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit. Tra i molti che si sono occupati successivamente del tema: F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996; F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Napoli, 1997, ID., *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1999; A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999; M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, Torino, 2000; N. CIPRIANI, *Patto commissorio*, cit.

<sup>43</sup> Cfr., fra le molte, Cass., 30 marzo 1967, n. 689, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, c. 52 ss.; Cass., 15 settembre 1970, n. 1426, *Foro it.*, Rep. 1970, voce *Patto commissorio*, n. 4; Cass., 14 dicembre 1978, n. 5967, in *Arch. civ.*, 1979, p. 462; Cass., 10 marzo 1979, n. 1493, in *Rep. Giur. it.*, 1979, voce *cit.*, n. 4; Cass., 21 gennaio 1980, n. 462, in *Foro it.*, Rep. 1980, voce *cit.*, n. 1. Nella giurisprudenza di merito cfr. Trib. Avellino, 10 settembre 1957, in *Temi Napoletana*, 1958, I, p. 223.

volontà di porre in essere una garanzia avrebbe dovuto essere sanzionata con la nullità per violazione del divieto del patto commissorio<sup>44</sup>.

Al contrario, una parte minoritaria della dottrina aderiva al succitato orientamento giurisprudenziale. Alcuni autori, per esempio, rilevavano come il momento dell'effetto traslativo non era affatto privo di conseguenze in quanto idoneo a mutare radicalmente lo stato psicologico del debitore, il quale, solamente nel caso di trasferimento sospensivamente condizionato poteva essere tradito dalla speranza di riuscire ad adempiere<sup>45</sup>.

Altri individuarono l'elemento di discriminare tra le due fattispecie nel diverso regime del rischio del perimento del bene<sup>46</sup>. Detto rischio è infatti, a carico del debitore, nel caso di condizionamento sospensivo del trasferimento del bene, a carico del creditore, nel caso di condizionamento risolutivo. Un'altra opinione ancora ritenne di poter fondare la validità della vendita in garanzia sulla circostanza che, in tale caso, il trasferimento del bene è effetto della volontà delle parti, diversamente dal patto commissorio ove l'effetto traslativo dipende da un potere di appropriazione del creditore<sup>47</sup>.

Le suddette teorie, riferibili all'orientamento dottrinale minoritario, si prestavano tuttavia ad essere facilmente confutate. Fu per esempio contestata la diversità dello stato psicologico del debitore nella vendita in garanzia e nel patto commissorio in considerazione del fatto che, di solito, al trasferimento immediato del bene non si accompagna anche la perdita della sua disponibilità da parte del debitore<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> Così C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 719 ss.; ID. *Forme tipiche di vendita e violazione del divieto del patto commissorio nell'alienazione in garanzia ad effetto traslativo immediato*, nota a Cass. 5 aprile 1960, n. 776, in *Foro it.*, 1961, I, c. 49 ss.; in senso analogo E. ROPPO, *Note sopra il divieto di patto commissorio*, in *Riv. not.*, 1981, I, p. 398 ss.; U. CARNEVALI, *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 501. Tra le pronunce in linea con il suddetto orientamento cfr. Cass., 1° febbraio 1974, n. 282, *Foro it.*, 1974, I, c. 1388 ss. e Cass., 10 febbraio 1961, n. 288, *ivi*, 1961, I, c. 1155 ss., con nota di T. MANCINI, *Compravendita sottoposta a condizione sospensiva e patto commissorio*.

<sup>45</sup> Cfr. G. PUGLIESE, *Intorno alla validità della vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, p. 1070 ss.

<sup>46</sup> G. STOLFI, *Patto commissorio*, cit., p. 285.

<sup>47</sup> C. VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli, 1968, p. 79 ss.

<sup>48</sup> L'obiezione è di F. REALMONTE, *Le garanzie immobiliari*, in *Jus*, 1986, p. 16 ss., spec. p. 20.

Quanto al regime del rischio di perimento del bene si è osservato che, trattandosi di trasferimento in garanzia, quand'anche il bene perisse nelle mani del creditore, verrebbe meno la garanzia ma non anche il credito garantito. In altre parole, in caso di inadempimento, al creditore rimarrebbe pur sempre la garanzia generica sul patrimonio del debitore<sup>49</sup>.

Infine, all'idea secondo la quale nella vendita in garanzia il trasferimento sarebbe effetto della volontà delle parti, mentre nel patto commissorio esso dipenderebbe da un potere di appropriazione del creditore, si è replicato che, in realtà, in entrambi i casi il trasferimento finisce col dipendere dall'inadempimento del debitore<sup>50</sup>.

Con un atteggiamento di rottura rispetto al passato, nel 1983 la Corte di cassazione mutò il proprio orientamento sancendo, per la prima volta, l'irrelevanza del momento della produzione dell'effetto traslativo ai fini della possibilità di individuare un patto commissorio<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> *Ivi*, p. 20; U. CARNEVALI, *Patto commissorio*, cit., p. 503.

<sup>50</sup> Ancora U. CARNEVALI, *Patto commissorio*, cit., p. 503. A ben vedere, il potere di appropriazione del quale discorre il Varrone sarebbe pur sempre effetto della volontà delle parti.

<sup>51</sup> Cass., 3 giugno 1983, n. 3800, in *Foro it.*, 1984, I, c. 212 ss., con osservazioni di F. MACARIO; in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1648 ss., con nota di G. M. DANUSSO, *Patto commissorio e vendite a scopo di garanzia*; in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 2953, con osservazioni di G. AZZARITI; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, p. 97 ss., con nota di E. ROPPO, *Patto di riscatto – Patto commissorio*; in *Riv. it. leasing*, 1985, p. 135 ss., con nota di M. R. LA TORRE, *Il «lease back» e il divieto di patto commissorio*; in *Fall.*, 1985, p. 160 ss., con nota di F. PAOLA, *Riflessioni brevi sul «revirement» della giurisprudenza della Cassazione in tema di patto commissorio con particolare riguardo a taluni aspetti fallimentari del problema*; in *Vita not.*, 1983, p. 966 ss., con nota di G. NAPOLEONE, *Un improvviso «revirement» della Suprema Corte sulla vendita a scopo di garanzia*; in *Corr. giur.*, 1985, p. 201 ss., con nota di G. PIEPOLI, *Quale futuro per la proprietà-garanzia?*; in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 1899 ss., con nota di G. AMATO, *Ancora sul patto commissorio e sulla vendita a scopo di garanzia*. Secondo la Corte di cassazione, per valutare la liceità di un negozio giuridico non occorre (più) valutare il momento in cui avviene il trasferimento del bene, ma la causa effettiva dell'operazione economica. Si è in particolare osservato che una vendita con patto di riscatto (ovvero vendita sottoposta a condizione risolutiva), se stipulata tra le parti allo scopo di fungere da garanzia reale a favore del creditore, può anch'essa essere qualificata da una causa di garanzia, alla stregua di una vendita sottoposta a condizione sospensiva.

Il *revirement* della Cassazione fu subito confermato da: Cass., 6 dicembre 1983, n. 7271, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1698 ss., con nota di M. ROSNATI, *Alienazioni in garanzia e patto commissorio*, Cass., 3

Il definitivo assestamento della giurisprudenza sul punto si ebbe nel 1989 con le due sentenze gemelle delle Sezioni Unite della Corte di cassazione<sup>52</sup>.

Da quel momento in avanti, furono considerate nulle per violazione del divieto del patto commissorio, tutte le alienazioni a scopo di garanzia, anche se immediatamente traslative del diritto di proprietà, a prescindere dal momento del trasferimento del diritto e quindi dalla struttura negoziale prescelta<sup>53</sup>.

novembre 1984, n. 5570, in *Foro it.*, Rep. 1984, voce *Patto commissorio*, n. 5; Cass., 18 maggio 1985, n. 3061, *invi*, Rep. 1985, voce *Contratto in genere*, n. 222; Cass., 9 giugno 1986, n. 3815, *invi*, 1986, c. 649; Cass., 6 dicembre 1986, n. 7260, *ibidem*, n. 5. Riproposero il precedente orientamento, rimanendo tuttavia isolate, Cass., 6 giugno 1983, n. 3843, in *Mass. Foro it.*, p. 803 (verosimilmente all'oscuro del *revirement* operato appena tre giorni prima da Cass., 3 giugno 1983, n. 3800, *cit.*); Cass., 8 maggio 1984, n. 2795, in *Mass. Giur. it.*, 1984, p. 573; App. Milano, 29 gennaio 1985 in *Arch. civ.*, 1985, p. 613 ss.; Cass., 12 dicembre 1986, n. 7385, in *Corr. giur.*, 1987, p. 287 ss., con nota di V. MARICONDA, *Ancora sull'alienazione in garanzia*, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 545 ss., con nota di R. TRIOLA, *Gli effetti dell'esercizio del riscatto convenzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, p. 117, con nota di C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio: un passo indietro della cassazione*, in *Foro pad.*, 1987, I, c. 194 ss., con nota di A. MUNARI, *Importante revirement della Corte di Cassazione sul divieto del patto commissorio*, in *Riv. giur. edil.*, 1987, I, p. 380 ss., con nota di E. CALÒ, *Appunti sul patto commissorio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, p. 735 ss., con annotazione di M. BUSSANI e L. GAUDINO; in *Resp. civ.*, 1987, p. 474 ss., con nota di A. CHIANALE, *In margine a Cass. 7385/86, sul divieto del patto commissorio e vendita con patto di riscatto*.

<sup>52</sup> Cass., s.u., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1428 ss., con note di V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, e di F. REALMONTE, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, p. 348 ss., con nota di P. CARBONE; in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 2423 ss., con nota di N. CANESSA, *Vendita con patto di riscatto e patto commissorio*, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, c. 104 ss., con osservazioni di G. M. PELLEGRINI, in *Riv. not.*, 1989, II, p. 908 ss., con note di N. DI MAURO, *Sul divieto del patto commissorio e le alienazioni a scopo di garanzia*, e di T. PASQUINO, *Patto commissorio: alienazioni in garanzia e contratti di lease-back... vite parallele*, con commento di M. G. CUBEDDU, *Patto commissorio e vendita con patto di riscatto: la risposta delle sezioni unite*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, p. 615 ss.; Cass. s.u., 21 aprile 1989, n. 1907, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1821 ss., con nota di M. COSTANZA, *Sulle alienazioni in garanzia e il divieto del patto commissorio*, in *Foro it.*, 1990, I, c. 205 ss., con nota di G. VALCAVI, *Intorno al divieto di patto commissorio, alla vendita simulata a scopo di garanzia e al negozio fiduciario*.

<sup>53</sup> Cass., 27 febbraio 1991, n. 2126, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, c. 136; in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 3167; Cass., 27 settembre 1994, n. 7878, in *Contr.*, 1995, p. 271; in *Foro it.*, 1995, I, c. 1227; in *Notariato*, 1995, p. 225; in *Riv. not.*, 1995, II, p. 1004; Cass., 28 settembre 1994, n. 7890, in *Corr. giur.*, 1995, p. 60; in

Questa nuova lettura del divieto del patto commissorio ebbe l'effetto di aumentare notevolmente il numero e la varietà delle fattispecie negoziali chiamate a misurarsi con il divieto del patto commissorio.

La dottrina cominciò presto ad esprimere un certo disagio verso l'atteggiamento così intransigente della giurisprudenza. Prese così avvio un filone di ricerca volto a rimeditare criticamente le figure negoziali vicine al patto commissorio<sup>54</sup>.

4. *La natura giuridica della pattuizione commissoria: cenni.* – Il tema concernente la natura giuridica del patto commissorio, sebbene essenziale nell'accertamento dell'ambito di applicazione del divieto, è stato oggetto di scarso approfondimento in dottrina. Nondimeno, l'importanza dell'esatta qualificazione giuridica della convenzione commissoria è stata sottolineata da alcuni autori i quali hanno cercato di trarre dal suddetto inquadramento delle conseguenze di carattere più vasto<sup>55</sup>.

L'impostazione più risalente inquadrava l'istituto in esame alla stregua di una vera e propria compravendita – per i più sospensivamente condizionata<sup>56</sup> – il cui prezzo era rappresentato dall'ammontare del debito<sup>57</sup>. Sennonché, la

*Foro it.*, 1995, I, c. 1227; Cass., 13 dicembre 1994, n. 10648, in *Mass. Cass. civ.*, 1994; Cass., 4 marzo 1996, n. 1657, in *Mass. Giur. it.*, 1996; Cass., 4 novembre 1996, n. 9540, in *Riv. not.*, 1998, p. 1013 ss.; Cass., 10 febbraio 1997, n. 1233, in *Riv. not.*, 1998, p. 299 ss., con nota di V. GAMMONE; in *Notariato*, 1998, 7, p. 142 ss., con nota di A. DE ROSA; Cass., 11 febbraio 1998, n. 1396, in *Riv. not.*, 1998, p. 745 ss.

<sup>54</sup> Cfr. *infra*, § 6.

<sup>55</sup> C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 105 ss.; C. VARRONE, *Il trasferimento della proprietà*, cit., p. 33 ss.

<sup>56</sup> A. BUTERA, *Il patto commissorio*, cit., c. 505 ss.; G. MIRABELLI, *Del diritto dei terzi*, cit. p. 599 s.; M. MARTORANA, *Del patto commissorio*, cit., c. 1305.

<sup>57</sup> A. BUTERA, *Il patto commissorio*, o.l.u.c.; G. MIRABELLI, o.l.u.c.; M. MARTORANA, o.l.u.c.; L. ROSSI, *Pegno civile*, in *Dig. it.*, XVIII, Torino, rist. 1928, p. 1232 ss., spec. p. 1309. L'idea fu riproposta anche subito dopo la codificazione del 1942: cfr. V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952, p. 22, secondo il quale «se fosse valido» il patto andrebbe configurato come «una vendita con condizione sospensiva» nella quale «il prezzo sarebbe costituito dall'ammontare del debito»; S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, p. 235; V. PANUCCIO, *Cessione dei crediti*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1960, p. 20.

configurabilità del debito estinto come prezzo dell'obbligazione garantita conduce al di fuori dello schema causale della vendita, potendo integrare, al più, quello della *datio in solutum*, della quale, peraltro, mancherebbero i caratteri fondamentali<sup>58</sup>.

Lo sviluppo ulteriore delle riflessioni in ordine ai rapporti tra patto commissorio e *datio in solutum* ha condotto ad escludere dalla rosa delle possibili opzioni interpretative l'accostamento tra convenzione commissoria e obbligazioni facoltative o alternative. Più precisamente, nell'obbligazione facoltativa mancherebbe, oltre che il carattere reale, un diritto del creditore che possa vincolare il bene al proprio soddisfacimento<sup>59</sup>.

La configurabilità del patto commissorio quale obbligazione alternativa, se con scelta rimessa al debitore, oltre a far venire meno il carattere principale dell'obbligazione garantita e il carattere accessorio del diritto nascente dal patto commissorio, attribuirebbe al debitore la scelta in ordine all'appropriazione del bene da parte del creditore (potendo tale potere essere escluso con un semplice atto di volontà del primo); se con scelta rimessa al creditore, dovrebbe ritenersi esclusa mancando, in questo caso, una prestazione che il debitore debba eseguire per evitare la perdita del bene<sup>60</sup>.

Analogamente, si è sottolineata la differenza tra patto commissorio e clausola penale. Muovendo dalla struttura dei due istituti sul piano del diritto positivo, si è osservato che la disciplina legislativa sembra limitare gli effetti della clausola penale al campo di quelli obbligatori; essendo il patto commissorio, normalmente, ad effetti reali dovrebbe escludersi la riconducibilità dello stesso nello schema di una

<sup>58</sup> Secondo C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 106 ss., anche volendo prescindere dal carattere della realtà della *datio in solutum*, in tale fattispecie il consenso del creditore non mira a modificare il contenuto dell'obbligazione, come avviene nel patto commissorio, ma semplicemente a consentire al debitore di liberarsi da questa eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta.

La *datio in solutum* rappresenta una delle poche fattispecie con effetti traslativi e solutori che sono da sempre state considerate al di fuori dell'ipotesi del patto commissorio. Nondimeno si devono senza dubbio riconoscere le forti analogie esistenti sul piano funzionale tra la dazione in pagamento e il patto commissorio, analogie sulle quali si avrà modo di soffermarsi diffusamente nel proseguo della trattazione.

<sup>59</sup> *Ivi*, p. 108 s.

<sup>60</sup> *Ivi*, p. 109 s.



clausola penale avente mera efficacia obbligatoria<sup>61</sup>. Spostando poi l'attenzione sulla funzione della clausola penale, si è osservato che questa non coinciderebbe con quella del patto commissorio: l'attribuzione, nel patto commissorio, di un determinato bene al creditore per il caso di inadempimento dell'obbligazione, sebbene importi la specificazione delle conseguenze di cui il debitore deve rispondere per il suo inadempimento, a differenza della clausola penale, essa si caratterizzerebbe in un vero e proprio vincolo di garanzia su determinati beni<sup>62</sup>.

Sulla scorta di tale riflessione, altra dottrina inquadra il patto commissorio nell'ambito dei contratti di garanzia, considerati come una categoria negoziale

<sup>61</sup> L'analogia strutturale tra le due convenzioni ha portato una parte della dottrina ad escludere, proprio in forza del divieto del patto commissorio, che la clausola penale possa avere ad oggetto il trasferimento di un bene determinato, cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1995, p. 235 s.; ID., *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 111; A. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984, p. 130; E. GABRIELLI, *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. Dir. civ.*, 1984, p. 906 ss., spec. p. 923; *contra* A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, p. 218 ss.; N. CIPRIANI, *Patto commissorio*, cit., p. 58 secondo il quale la soluzione del problema andrebbe ricercata sul piano funzionale piuttosto che su quello strutturale.

<sup>62</sup> C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 113. Più precisamente, dopo la codificazione del 1942, tre risultano essere gli orientamenti dottrinali sviluppatisi in merito alla funzione della clausola penale. Attribuiscono alla clausola penale una funzione risarcitoria, cioè di predeterminazione dell'ammontare del danno da inadempimento, fra gli altri, F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952, p. 131; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, cit., p. 221); per l'opinione secondo cui la clausola penale avrebbe, invece, una funzione più marcatamente punitiva, cioè di predisposizione di una pena per l'inadempimento cfr. M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954, p. 11 s.; A. MAGAZZÙ, *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 186 ss., spec. p. 188; A. MARINI, *La clausola penale*, cit., p. 3; A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 163 ss.; E. MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, p. 511 ss., spec. p. 513; sono, infine, dell'opinione per cui la funzione della clausola stessa muterebbe a seconda dell'assetto di interessi che questa concretamente realizza, fra gli altri, G. DE NOVA, *Clausola penale*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 379; G. GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1955, p. 242 ss.; A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 163 ss.; N. CIPRIANI, *Patto commissorio*, cit., p. 58 s.

Per la verità, di una funzione di garanzia della clausola penale – intesa come rafforzamento del diritto del creditore – si era parlato durante la vigenza del codice del 1865, sul punto cfr. tra gli altri, G. PIOLA, *Clausola penale*, in *Dig. it.*, VII, 2, Torino, rist. 1928, p. 364 ss., spec. p. 367; L. COVIELLO JR., *Clausola penale e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1933, I, c. 1696 ss.

causalmente autonoma ed idonea a realizzare un trasferimento in favore del creditore strumentale all'adempimento dell'obbligazione<sup>63</sup>.

Non tutti sono persuasi del fatto che la funzione di garanzia sia lo scopo perseguito dalle parti. Vi è, infatti, chi ha ipotizzato che i contratti nei quali il creditore riceva l'attribuzione della titolarità del bene in caso di inadempimento del debitore svelino una funzione solutoria. Sul punto si tornerà più avanti nel corso dell'indagine, quando si analizzerà la funzione del patto marciano di diritto comune e del patto marciano «bancario» di cui dall'art. 48-*bis* TUB<sup>64</sup>.

5. *La ratio del divieto del patto commissorio.* – L'esatta individuazione della *ratio* del divieto sancito dagli artt. 2744 e 1963 c.c. rappresenta il punto nodale di tutto il dibattito concernente il patto commissorio. La ragione del divieto incide, infatti, sull'esatta portata ed estensione del divieto medesimo: sulla sua base si spiega, per esempio, perché siano considerati leciti il patto marciano e il pegno irregolare o perché, il divieto venga, invece, ritenuto estensibile al patto commissorio obbligatorio.

L'importanza della questione rende ragione della molteplicità di tesi avanzate dalla dottrina in argomento.

La tesi tradizionale, risalente alla costituzione di Costantino, riconduce la ragione del divieto all'esigenza di tutelare la posizione del debitore contro le possibili prevaricazioni dei creditori<sup>65</sup>. Si tratta, ancora oggi, dell'opinione più

<sup>63</sup> Cfr. A. SASSI, *Garanzia del credito*, cit., p. 212 ss.; C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 114 ss.; E. ROPPO, *Responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1059 ss. Sulla configurabilità del patto commissorio (e del patto marciano) come alienazioni in funzione di garanzia v. *infra*, Cap. III, § 1.

<sup>64</sup> Cfr. *infra*, Cap. III.

<sup>65</sup> Cfr. nt. 23. In argomento v. G. OBERTO, *Vendita con patto di riscatto, divieto del patto commissorio e contratto di lease back*, in *Quadr.*, 1984, p. 353.

diffusa in dottrina<sup>66</sup> e in giurisprudenza<sup>67</sup>. Una delle critiche più serrate a tale opinione attiene al rimedio approntato contro la violazione del divieto e consistente, come noto, nella nullità del patto, di cui si lamenta la non coerenza con la asserita *ratio* della norma. Come giustamente osservato, per il nostro ordinamento giuridico il negozio lesivo dell'interesse di una parte è un negozio ingiusto ma non illecito. Non può, pertanto, giustificarsi il rimedio della nullità, la cui previsione si legittima su un piano di interessi differente rispetto a quello consistente nella pura e semplice esigenza di tutelare un soggetto ritenuto più debole<sup>68</sup>. Inoltre, la stessa interpretazione astratta che viene data dell'art. 2744 c.c., nel senso che per la dichiarazione di nullità del patto deve prescindersi dalla reale

<sup>66</sup> In tal senso V. LOJACONO, *Il patto commissorio*, cit., p. 32 ss.; F. MARTORANO, *Cauzione e pegno irregolare*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I, p. 115; M. D'AMELIO, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale: disposizioni generali*, in *Comm. D'Amelio-Finzi*, libro *Della tutela dei diritti*, Firenze, 1943, p. 659; D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, 2<sup>a</sup> ed., Milano, rist. 1971, p. 1027; F. REALMONTE, *Stipulazioni commissorie*, cit., c. 1440 ss., e spec. c. 1444; A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 219 ss.; F. MURINO, *L'autotutela nell'escussione della garanzia finanziaria pignoratizia*, Milano, 2010, p. 50 e p. 62; S. CAMPOLATTARO, *Fenomenologia del patto marciano tra tipicità e atipicità*, in *Riv. not.*, 2017, 3, p. 594; G. IACCARINO, *Il rimedio del patto marciano nel diritto positivo*, in *Imm. e propr.*, 2017, 2, p. 101.

<sup>67</sup> Cfr. fra le molte, Cass., 21 luglio 2004, n. 13580, in *Giur. it.*, 2005, I, p. 924; Cass., 3 febbraio 2012, n. 1675, *ivi*, 2013, 2, p. 339; Cass., 9 maggio 2013, n. 10986, in *Vita not.*, 2013, 2, p. 719; Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Riv. not.*, 2015, 1, p. 182.

<sup>68</sup> C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 202 ss.; A. MORACE PINELLI, *Trasferimento a scopo di garanzia da parte del terzo e divieto del patto commissorio*, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 63 ss.; N. CIPRIANI, *Patto commissorio*, cit., p. 132 il quale rileva come la nullità sarebbe destinata a travolgere il patto commissorio anche nell'ipotesi nella quale il valore del bene conferito in garanzia fosse inferiore all'ammontare del credito. In senso contrario L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali. Artt. 2740-2744*, in *Cod. civ. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2010, p. 314 secondo il quale si tratterebbe in ogni caso di una eccezione tassativamente prevista, non idonea ad infirmare la complessiva coerenza del sistema. Sulla discussa compatibilità di tale *ratio* con il patto commissorio *ex intervallo*, introdotto dal legislatore del 1942 cfr. V. ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, in *Comm. del cod. civ.* a cura di A. Scialoja - G. Branca, *Tutela dei diritti. Artt. 2740-2899*, Roma-Bologna, 1955, p. 52 ss.

sproporzione tra i valori nella fattispecie concreta<sup>69</sup>, mal si concilia con una scelta di protezione operata in favore del debitore<sup>70</sup>.

Secondo un altro orientamento il divieto è volto a tutelare la *par condicio creditorum* (art. 2741 c.c.), talvolta in sé o per sé, talaltra, congiuntamente alla protezione del debitore<sup>71</sup>. In tale prospettiva, la convenzione in parola determina una sottrazione totalitaria del bene alle azioni esecutive dei creditori estranei alla pattuizione, secondo un meccanismo non riscontrabile negli altri negozi causalmente connotati dalla garanzia. In altre parole, il patto commissorio realizza, da un lato, un sostanziale annullamento dell'alea intrinseca alla posizione di

<sup>69</sup> M. FRAGALI, *Del mutuo*, in *Comm. del cod. civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro IV, Delle Obbligazioni, Art. 1813-1822*, Bologna-Roma, 1966, p. 258; in senso contrario A. LUMINOSO, *Lease back, mercato e divieto del patto commissorio*, in *Giur. comm.*, 2000, 4, p. 489 ss., p. 495-496; I. RADOCCIA, *La ratio del divieto del patto commissorio*, in *Giur. mer.*, 1997, 1, p. 220 ss., p. 222; C.M. BIANCA, *Diritto civile, Le garanzie reali. La prescrizione*, Milano, 2012, 7, p. 281.

<sup>70</sup> Si pensi alle conseguenze paradossali nel caso in cui il bene dato in garanzia sia di valore inferiore a quello del debito, con sicuro vantaggio per il debitore medesimo, cfr. K. LARENZ, *Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1965, p. 1 ss.

<sup>71</sup> A favore dell'esclusiva tutela del ceto creditorio G. STOLFI, *Patto commissorio*, cit., p. 282; ID., *Promessa di vendita e patto commissorio*, in *Foro pad.*, 1957, I, c. 767 ss.; F. CARNELUTTI, *Note sul patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1916, 2, p. 887 ss.; ID., *Mutuo pignoratizio e vendita con clausola di riscatto*, nota a Cass., 16 aprile 1945, n. 259, in *Riv. dir. proc.*, 1946, II, p. 146 ss.; U. MIELE, *Sul patto commissorio immobiliare*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, II, p. 65 ss.; F. TALASSANO, *Divieto del patto commissorio*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, p. 367 ss.; V. LOJACONO, *Il patto commissorio*, cit., p. 39; T. MANCINI, *Vendita con patto di riscatto e nullità ex art. 2744 codice civile*, in *Foro it.*, 1966, I, p. 1121; V. ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, cit., p. 49; L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., p. 315 ss.; ID., *Garanzie del credito ed autonomia privata*, Napoli, 1971, p. 261 ss.; Cass., s.u., 21 aprile 1989, n. 1907, cit.; Cass. 12 febbraio 1993, n. 1787, in *Giur. it.*, 1994, I, c. 64; Cass. 19 maggio 2004, n. 9466, in *Contr.*, 2004, 11, p. 979 ss.; Cass. 18 gennaio 2010, n. 649, in *DeG*, 2010, 20 ss., con commento di C. GARUFI, *La ratio del divieto del patto commissorio e la lettura estensiva della giurisprudenza*. Tra i primi sostenitori della tesi secondo cui il divieto sarebbe posto a salvaguardia sia della posizione del debitore sia della *par condicio creditorum*, S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Diritto civile. Metodo-Teoria-Pratica. Saggi*, Milano, 1951, p. 359 ss. e G. PUGLIESE, *Nullità del patto commissorio e vendita con patto di riscatto*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1945, p. 162.

creditore<sup>72</sup>, dall'altro, uno svuotamento iniquo e ingiustificato della garanzia patrimoniale generica<sup>73</sup>.

Anche in questo caso, indagini più recenti non hanno mancato di evidenziare come quest'ultima posizione non tenga conto di alcuni dati sistematici di rilievo determinante, tra i quali, il fatto che i creditori siano già posti dall'ordinamento nella condizione di tutelare le proprie ragioni sia in via preventiva, con gli strumenti del sequestro conservativo *ex artt.* 2905 c.c. e 671 c.p.c. e dell'azione surrogatoria *ex art.* 2900 c.c., sia in via successiva, attraverso l'esercizio dell'azione revocatoria ordinaria e fallimentare (rispettivamente artt. 2901 c.c. e 67 L.F. – 171 cod. crisi e ins.).

Dall'analisi dei suddetti rimedi si evince come il legislatore, quando si pone nell'ottica di salvaguardare la *par condicio creditorum*, si limiti a sancire eventualmente l'inefficacia, relativa o assoluta, del negozio, ma non si spinga mai a contemplarne l'invalidità<sup>74</sup>.

Anche in questo caso, poi, prescindendo la valutazione sulla lesione del principio di pari trattamento dall'esame concreto della fattispecie negoziale realizzata (inclusa la circostanza se vi siano effettivamente altri creditori), si ammette, tra l'altro, che la nullità debba essere comminata pur quando il debitore non avesse altri creditori al di fuori di colui che fa sua la cosa, così neanche ponendosi, almeno non in concreto, un problema di rispetto della *par condicio creditorum*<sup>75</sup>.

Secondo una opinione, le teorie ora passate in rassegna scambierebbero il fondamento degli artt. 2744 e 1963 c.c. con il «risultato pratico che la loro

<sup>72</sup> O. T. SCOZZAFAVA, *Note in tema di garanzia*, in *Contr. e impr.*, 2008, 4-5, p. 864.

<sup>73</sup> M. IACUANIELLO BRUGGI, *Patto commissorio*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, *ad vocem*, p. 6.

<sup>74</sup> C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 717; G. PARDI, *Preliminare di vendita e divieto del patto commissorio*, in *Giur. merito*, 2004, 1, p. 53 s. In argomento cfr. anche S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella l. n. 119/2016: il cd. patto marciano*, in *Il dir. fall.*, 5, 2016, p. 1078 il quale rileva come il costante proliferare dei privilegi nella legislazione generale e in quella speciale, il forte ridimensionamento del rimedio revocatorio fallimentare, la facoltà – nel concordato preventivo – di suddividere i creditori in classi con previsione di trattamenti differenziati sarebbero tutti indicativi di un progressivo superamento del principio della *par condicio creditorum*.

<sup>75</sup> Cfr. G. BRIANDA, *Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria, lex mercatoria e tradizione*, in *Contr. e impr.*, 2016, 3, nt. 12.

applicazione procura»<sup>76</sup>. In altre parole, tali teorie confonderebbero la ragione fondante del divieto con l'effetto «collaterale» (ed eventuale) della tutela soggettiva, facendoli coincidere.

Preso atto del suddetto limite delle teorie soggettivistiche, una parte della dottrina ha elaborato nuove tesi di stampo pubblicistico. In particolare, sulla scorta della considerazione che la sanzione della nullità è utilizzata dall'ordinamento per le fattispecie nelle quali si pone l'esigenza di tutelare interessi di carattere generale, alcuni autori hanno affermato che il divieto in parola risponde a finalità che interessano la collettività piuttosto che i singoli. Non vi è tuttavia concordia in merito a quale sia l'interesse generale che il divieto del patto commissorio mira a tutelare, invocandosi, a seconda della diversa prospettiva adottata, l'interesse collettivo ad evitare la diffusione del patto<sup>77</sup>, la violazione dell'ordine pubblico economico<sup>78</sup>, la compatibilità della causa dell'operazione negoziale con l'ordinamento interno<sup>79</sup>, o, ancora la coerenza del sistema delle garanzie tipiche<sup>80</sup>.

Anche questa impostazione ha prestato il fianco ad una pluralità di critiche. Innanzitutto, eccessivamente generico è parso il riferimento alla «generalità» dell'interesse. In un ordinamento quale il nostro, ispirato al principio di libertà di autodeterminazione del privato, il rischio di diffusione del patto non sarebbe sufficiente, di per sé, a giustificare il divieto in parola<sup>81</sup>. Nella medesima

<sup>76</sup> Così M. FRAGALI, *Del mutuo*, cit., p. 252; L. MATTIANGELI, *La Cassazione ancora sul divieto di patto commissorio* (nota a Cass., sez. II, 7 dicembre 1999, n. 13708), in *Riv. not.*, 2001, 2, p. 458 ss., il quale individua nella tutela debitoria e in quella della *par condicio creditorum* meri «moventi politici».

<sup>77</sup> C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 218.

<sup>78</sup> U. CARNEVALI, *Patto commissorio*, cit., p. 501; secondo l'Autore l'ordine pubblico economico impone al creditore il potere di aggredire i beni del debitore solo nei limiti dell'ammontare del proprio credito.

<sup>79</sup> G. F. MINNITI, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 47 ss. il quale ha individuato la ragione della nullità del patto commissorio nell'inammissibilità delle alienazioni a scopo di garanzia. Sul tema v. *amplius*, Cap. III, § 2.

<sup>80</sup> F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo*, cit., p. 111 s.; ID., *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 132 ss.

<sup>81</sup> G. F. MINNITI, *Patto marciano*, cit., p. 45.

prospettiva, si è escluso di poter individuare nelle norme che tale divieto pongono l'affermazione di un principio di ordine pubblico<sup>82</sup>.

L'asserita inadeguatezza della funzione di garanzia a fondare, sotto il profilo causale, il trasferimento della proprietà di un bene risulta smentita, da un lato, dalla presenza nell'ordinamento di fattispecie tipiche di alienazione in funzione di garanzia<sup>83</sup>; dall'altro, dalla costante affermazione della liceità, e quindi efficacia, del patto marciano ad opera della giurisprudenza.

Neppure la tesi che fonda l'invalidità della convenzione commissoria sull'inconciliabilità tecnica tra le garanzie tipiche e il patto persuade non risultando spiegata la ragione per cui la nullità debba necessariamente colpire quest'ultimo. Esso dovrebbe, invece, portare semplicemente a ritenere che tra i due rapporti incompatibili debba riconoscersi valore al rapporto effettivamente voluto dalle parti<sup>84</sup>.

Secondo un altro orientamento il patto commissorio realizza una funzione di autotutela esecutiva incompatibile con il principio dell'inderogabilità convenzionale che connoterebbe il principio di riserva statutale della tutela processuale dei diritti, principio che sarebbe immanente al sistema<sup>85</sup>. In altre parole, l'ordinamento ripudierebbe non tanto il risultato possibile, quanto il modo di perseguirlo, mostrandosi ostile ad ogni assoggettamento convenzionale del debitore all'autotutela esecutiva del creditore<sup>86</sup>.

In realtà, i limiti all'autotutela esecutiva, visti da taluno come assoluti durante la precedente codificazione<sup>87</sup>, vengono oggi considerati relativi ossia esistenti soltanto quando il meccanismo di autotutela esecutiva consente un possibile approfittamento da parte del creditore<sup>88</sup>.

<sup>82</sup> *Ibidem*.

<sup>83</sup> In argomento v. *amplius*, Cap. III, § 2.

<sup>84</sup> C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 10 s.

<sup>85</sup> In tal senso E. BETTI, *Voce «Autotutela»*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 529.

<sup>86</sup> E. BETTI, *Voce «Autotutela»*, cit., p. 535.

<sup>87</sup> E. BETTI, *Su gli oneri*, cit., p. 699 ss.

<sup>88</sup> F. ANELLI, *L'alienazione*, cit., p. 88 ss.; M. FRAGALI, *Del mutuo*, cit., p. 231 ss.; F. MARTORANO, *Cauzione*, cit., p. 117; G. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984, p. 97 ss.

Preso atto dell'incertezza dei termini della questione, un'altra dottrina ha tentato di individuare gli effetti essenziali – costituenti secondo l'opinione in discorso il vero fondamento del divieto – in presenza dei quali si possa parlare di patto commissorio. Segnatamente, muovendo dal confronto tra la fattispecie vietata e altre lecite aventi alcuni elementi in comune con la prima si è giunti ad individuare i seguenti elementi costitutivi del patto commissorio: (a) la funzione di garanzia della convenzione; (b) la riserva della possibilità, per il debitore, di riottenere il bene pagando il debito; (c) la mancanza del diritto del debitore di ottenere l'eventuale eccedenza di valore del bene<sup>89</sup>. Adottando un'analoga prospettiva vi è stato chi più di recente ha riconosciuto gli elementi caratterizzanti il patto commissorio nella presenza di un contratto di garanzia e nel potenziale abuso del creditore<sup>90</sup>.

L'analisi degli elementi costitutivi del patto commissorio offerta da quest'ultimo orientamento dottrinale conferma l'opinione tradizionale secondo la quale il divieto trovi la sua giustificazione nell'esigenza di tutelare il debitore dalle possibili prevaricazioni del creditore. Il divieto del patto commissorio è infatti volto ad impedire che le parti predeterminino un meccanismo traslativo che escluda la valutazione del rapporto di congruità tra valore del bene e ammontare del credito.

Fermo quanto sopra, occorre tuttavia prendere atto della correttezza del rilievo relativo all'inadeguatezza della sanzione della nullità rispetto all'interesse tutelato. Ed invero, come condivisibilmente osservato da una attenta dottrina l'intervento dell'ordinamento non sarebbe risultato meno efficace qualora, al posto della nullità, si fosse prevista la diversa sanzione dell'annullabilità<sup>91</sup>. La finalità di evitare la diffusione del patto poteva ben essere raggiunta lasciando al debitore la possibilità di scegliere se valersi del rimedio oppure no<sup>92</sup>.

Sembra allora di poter convenire con coloro che hanno individuato nella sanzione della nullità un semplice retaggio della tradizione<sup>93</sup>.

<sup>89</sup> A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani*, cit., p. 219 ss.

<sup>90</sup> A. SASSI, *Garanzia del credito*, cit., p. 258.

<sup>91</sup> N. CIPRIANI, *Patto commissorio*, cit., p. 139.

<sup>92</sup> G. F. MINNITI, *Patto Marciano*, cit., p. 44.

<sup>93</sup> M. IACUANIELLO BRUGGI, *Patto commissorio*, cit., p. 6.



6. *Figure particolari di patto commissorio.* – Come si è già avuto modo di vedere, la genericità della dizione legislativa degli artt. 2744 e 1963 c.c. ha dato origine a vari dubbi interpretativi intesi per lo più ad estendere, oltre i casi ivi previsti, la portata del divieto.

Una prima questione concerne la validità del c.d. «patto commissorio autonomo» da intendersi quale trasferimento di un bene «libero» dal debitore al creditore, sorto contestualmente o preesistente ad un rapporto obbligatorio tra le parti, e svincolato da una costituzione di pegno o ipoteca<sup>94</sup>. Tale trasferimento è subordinato alle vicende dell'obbligazione: in caso di adempimento l'acquisto si risolve; viceversa, nel caso in cui si verifichi l'inadempimento, l'acquisto si perfeziona.

A favore della validità del patto commissorio autonomo è quella parte della dottrina che ravvisa nell'esigenza di salvaguardia delle garanzie tipiche la *ratio* del divieto del patto commissorio. Osservano i sostenitori di tale impostazione che mancando la costituzione di una garanzia sul bene negoziato non sarebbe possibile, in alcun caso, ravvisare nel divieto del patto commissorio un ostacolo alla liceità delle pattuizioni autonome, stante l'insussistenza di un intento fraudolento rispetto al contenuto sostanziale della norma imperativa di cui all'art. 2744 c.c.<sup>95</sup>.

<sup>94</sup> L'attribuzione patrimoniale anzidetta può, in concreto, realizzarsi attraverso l'impiego di strumenti che vanno dalla tradizionale figura della vendita con patto di riscatto, alla vendita sottoposta alla condizione sospensiva dell'inadempimento, alla figura del *sale and leaseback*, e ad altre ancora. In argomento cfr. F. ANELLI, *Le alienazioni*, cit.; F. CARINGELLA, *Il divieto di patto commissorio "autonomo": nuovi confini e nodi ancora al pettine*, in *Corr. giur.*, 1995, I, p. 60; F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo*, cit.; ID., *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 173 ss.; S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, p. 298; G. PUGLIESE, *Intorno alla validità*, cit., p. 1064.

<sup>95</sup> F. GIGLIOTTI, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 184 ss.; ID., *Patto commissorio autonomo*, cit., p. 181 ss.

Di contrario avviso sono la dottrina maggioritaria<sup>96</sup> e la giurisprudenza<sup>97</sup>. Quest'ultima, in particolare, si è costantemente espressa per la nullità di tale convenzione, a ragione del fatto che la stessa realizzerebbe la medesima funzione giuridica ed economica del patto commissorio c.d. accessorio che si applica al pegno o all'ipoteca. Una prima conseguenza del *revirement* del 1983 dell'orientamento tradizionale della Corte di cassazione fu, infatti, il definitivo abbandono dell'idea di poter individuare un patto commissorio solo in presenza di garanzie reali tipiche<sup>98</sup>. Secondo tale opinione l'applicabilità della sanzione della nullità anche al patto commissorio autonomo troverebbe altresì conferma nella stessa formula legislativa in forza della quale la convenzione in esame sarebbe strutturata come figura indipendente, poiché non realizzerebbe in alcun modo il contenuto dei negozi di garanzia e, in ogni caso, non si avvarrebbe dei loro effetti. Ed infatti, verificatosi l'inadempimento, il creditore potrebbe opporre agli altri creditori o ai terzi che vantino diritti sul bene non già un diritto di garanzia, ma un diritto di proprietà che trova il proprio fondamento esclusivamente nell'accordo commissorio<sup>99</sup>.

La conclusione cui perviene l'orientamento dominante deve essere condivisa. A ben vedere, se il fondamento della nullità del patto commissorio obbligatorio è da ricercarsi nell'esigenza di tutelare il debitore dalle possibili prevaricazioni del

<sup>96</sup> Cfr. C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 715; M. G. CUBEDDU, *Patto commissorio*, cit., p. 615 ss.; R. TRIOLA, *Vendita con patto di riscatto e divieto del patto commissorio*, in *Giust. civ.*, I, 1988, p. 1770.

<sup>97</sup> Cfr. al riguardo Cass., 4 agosto 1950, n. 2373, in *Giur. it.*, 1951, I, c. 114 ss.; Cass., 31 marzo 1955, n. 956, in *Rep. Foro it.*, 1955, voce *Patto commissorio*, nn. 1-2; Cass., 30 luglio 1957, n. 3229, in *Mass. Foro it.*, 1957, c. 631; Cass., 1° febbraio 1974, n. 282, cit.; Cass., 3 giugno 1983, n. 3800, cit.; Cass., 6 dicembre 1983, n. 7271, cit.; Cass., 12 dicembre 1986, n. 7385, cit.; Cass., s.u., 3 aprile 1989, n. 1611, cit.; Cass. s.u., 21 aprile 1989, n. 1907, cit.; in tema di *sale and leaseback*, Cass., 16 ottobre 1995, n. 10805, in *Contr.*, 1996, p. 28 ss.; in tema di procura a vendere un proprio immobile rilasciata dal mutuatario al mutuante contestualmente al finanziamento, Cass., 1° giugno 1993, n. 6112, in *Riv. dir. comm.*, 1994, II, p. 135.

<sup>98</sup> Cfr. *supra*, § 3.

<sup>99</sup> Così D. GIGLIO, *Il divieto del patto commissorio ed il problema delle alienazioni in funzione della garanzia, alla luce delle novità introdotte dal d.l. 3 maggio 2016 n. 59*; in *Riv. dir. econ., traspt. e amb.*, 2016, XIV, p. 189.

creditore è evidente come tale insidia ricorra anche nel caso di un patto commissorio autonomo.

Un'altra questione, pacificamente risolta in senso affermativo in dottrina<sup>100</sup> e in giurisprudenza<sup>101</sup>, è se la promessa di vendita delle cose date in garanzia, subordinata all'inadempimento del debito garantito, rientri anch'essa nel divieto del patto commissorio (c.d. patto commissorio obbligatorio)<sup>102</sup>. In giurisprudenza si è, per esempio, osservato che anche un contratto preliminare di compravendita con patto di riscatto, con il quale non sia stato trasmesso al promissario il possesso del bene promesso in vendita, può dissimulare un mutuo con patto commissorio individuato nel fatto che la vendita fiduciaria garantisce la restituzione di una somma, mutuata dal promissario acquirente al promittente venditore, entro il termine previsto per l'esercizio del riscatto<sup>103</sup>. Il patto commissorio presenterebbe, sia nel caso di un'efficacia reale sia in quello di un'efficacia obbligatoria, l'identico

<sup>100</sup> Cfr. fra gli altri, C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 177 ss.; ID., *Patto commissorio*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Torino, 1965, p. 716; U. CARNEVALI, *Patto commissorio*, cit., p. 505; M. FRAGALI, *Del mutuo*, cit., p. 249 s.; F. DALMAZZO, *Divieto del patto commissorio e promessa di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1958, II, p. 180; F. GIGLIOTTI, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 158 s.; R. TRIOLA, *Il problema della liceità del c.d. patto commissorio obbligatorio*, in *Giur. agr. it.*, 1989, II, p. 89; M. MARTINO, *Le Sezioni Unite sui rapporti tra divieto del patto commissorio e ordine pubblico internazionale*, in *Giur. comm.*, 2012, 3, p. 684 ss.; in senso contrario solo G. STOLFI, *Promessa di vendita e patto commissorio*, in *Foro pad.*, 1957, I, c. 767.

<sup>101</sup> Cass., 12 novembre 1982, n. 6005, in *Mass. Giur. it.*, 1982, c. 1438; Cass., 9 giugno 1986, n. 3815, cit., c. 649; Cass., 16 agosto 1990, n. 8325, in *Giur. it.*, 1991, c. 1208 ss.; Cass., 19 settembre 1992, n. 10749, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 3055; App. Venezia, 5 settembre 1916, in *Riv. dir. comm.*, 1917, II, p. 706; App. Bari, 15 dicembre 1955, in *Foro it.*, 1956, I, 1, c. 463; in *Riv. dir. comm.*, 1958, II, p. 180 con nota di F. DALMAZZO; in *Giust. civ.*, 1957, I, p. 1960 con annotazione di R. GRANATA; in *Foro pad.*, 1957, I, c. 767 con nota di G. STOLFI; Trib. Firenze, 15 giugno 1966, in *Giur. it.*, 1967, I, 2, c. 508; in *Riv. dir. comm.*, 1967, II, p. 157.

<sup>102</sup> In argomento cfr. A. SASSI, *Garanzia del credito*, cit., p. 264 ss.; F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo*, cit., p. 133 s. La fattispecie del patto commissorio obbligatorio è espressamente sanzionata nel diritto tedesco al § 1229 BGB, su questi temi v. *amplius*, Cap. III, § 4.

<sup>103</sup> Così Cass., 19 settembre 1992, n. 10749; analogamente, secondo Cass., 16 agosto 1990, n. 8325, cit., per realizzare un patto commissorio può essere illecitamente utilizzato il contratto preliminare di compravendita, con il quale il promittente venditore, in relazione ad un debito proprio o di un terzo nei confronti del promittente compratore, si obblighi a stipulare il contratto definitivo nel caso l'obbligazione non venga estinta o non venga estinta nelle forme o nel termine pattuiti.

contenuto di attribuzione di un determinato bene a diretto soddisfacimento del creditore per l'eventualità che l'obbligazione non sia adempiuta<sup>104</sup>. Il rilievo deve essere condiviso in quanto, sia pure attraverso il rimedio di cui all'art. 2932 c.c., un patto commissorio obbligatorio non tutela il debitore.

Un altro interrogativo concerne l'applicabilità del divieto alla peculiare ipotesi in cui a promettere un bene a tacitazione delle conseguenze dell'inadempimento dell'obbligazione principale sia non già il debitore, ma un terzo. La soluzione coerente con le tradizionali giustificazioni del divieto del patto commissorio conduce ad una conclusione negativa, posto che, se a stipulare il patto è un terzo non ricorrerebbe alcuna esigenza di tutela né del debitore (non essendo egli personalmente obbligato) né della *par condicio creditorum* (essendo questo un principio vincolante solo per il debitore)<sup>105</sup>. Non sono peraltro mancate opinioni contrarie, sia in dottrina sia in giurisprudenza, le quali hanno condivisibilmente osservato come la mancata presa in considerazione da parte del legislatore della circostanza in ordine alla proprietà del bene dato in garanzia dovrebbe portare a concludere per la nullità del patto, indipendentemente da chi abbia costituito tale garanzia<sup>106</sup>.

Un altro problema riguarda l'individuazione della prestazione che costituisce oggetto del patto commissorio vietato. In particolare, ci si è interrogati se rientri nella portata della norma proibitiva anche il patto commissorio avente ad oggetto un diritto reale minore. In via di prima approssimazione, si può rilevare da un lato, che secondo la dizione letterale dell'art. 2744 c.c. la prestazione del patto commissorio vietato consisterebbe nel trasferimento della «proprietà» del bene oggetto della garanzia; dall'altro lato, che l'attribuzione al creditore insoddisfatto di un diritto reale limitato non avrebbe lo stesso significato del trasferimento della proprietà, in quanto non renderebbe inutile la fase finale della vendita, con diritto

<sup>104</sup> C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 183 ss.

<sup>105</sup> Cfr. Cass. 12 febbraio 1993, n. 1787, cit., c. 64. In dottrina cfr. G. CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, Milano, 1996, p. 99.

<sup>106</sup> In dottrina cfr., tra gli altri, V. LOJACONO, *Il patto commissorio*, cit., p. 40; A. MORACE PINELLI, *Trasferimento a scopo di garanzia*, cit., c. 63 ss.; V. ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, cit., p. 54; perviene alla medesima conclusione F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo*, cit., p. 159; in giurisprudenza v. Cass., 3 giugno 1983, n. 3800, cit.

di prelazione della cosa vincolata in garanzia<sup>107</sup>. Sennonché, un patto commissorio tendente a costituire per effetto dell'inadempimento, per esempio, un diritto di enfiteusi in capo al creditore sembrerebbe rientrare nel divieto di cui al combinato disposto degli artt. 1344 e 2744 c.c. in quanto attraverso lo strumento del diritto di affrancazione si arriverebbe ad aggirare il risultato vietato dall'art. 2744 c.c., rendendo inoperante la prelazione in fase esecutiva<sup>108</sup>. Con riguardo poi all'anticresi la sostituzione del rapporto anticretico con un diritto reale minore sul fondo realizzata mediante un patto commissorio, risulterebbe vietata dal terzo comma dell'art. 1961 c.c.: infatti, una siffatta sostituzione consentirebbe una liberazione del creditore anticretico difforme da quella unicamente consentitagli dalla legge<sup>109</sup>.

Tanto premesso, si ritiene di dover condividere l'opinione dominante<sup>110</sup> secondo la quale il riferimento alla proprietà contenuto nell'art. 2744 c.c. deve intendersi, nel più lato senso di «trasferimento del diritto gravato dalla garanzia»; il divieto del patto commissorio si applica quindi anche alle ipotesi in cui gravati dall'ipoteca siano l'usufrutto, l'enfiteusi, il correlativo diritto del concedente, e il diritto di superficie.

Essendo il divieto in esame espressamente previsto solo per il pegno e per l'ipoteca, si è fatta poi questione se il patto commissorio possa essere colpito dalla medesima sanzione nel caso in cui sia aggiunto ad un privilegio convenzionale o sia stipulato dopo il sorgere di un privilegio speciale *ex lege*. La dottrina che se ne è occupata si è espressa in termini positivi argomentando dalla *ratio* del divieto<sup>111</sup>.

<sup>107</sup> F. GIGLIOTTI, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 162 s.

<sup>108</sup> *Ivi*, p. 163.

<sup>109</sup> *Ibidem*.

<sup>110</sup> A favore della nullità anche di tali fattispecie V. ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, cit., p. 55; C. M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, II, in *Comm. c.c.*, Torino, 1976, p. 97; E. ROPPO, *Note sopra il divieto*, cit., p. 399; M. DI PAOLO, *Patto commissorio*, cit., p. 311; F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo*, cit., p. 136 s.; ID., *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 163; A. SASSI, *Garanzia del credito*, cit., p. 168 s.

<sup>111</sup> Richiamano V. ANDRIOLI, *Disciplina intertemporale del patto commissorio e sua applicabilità ai privilegi speciali*, in *Foro it.*, 1942, I, c. 953; ID., *Divieto del patto commissorio*, cit., p. 54 s. la *par condicio creditorum*; M. FRAGALI, *Del mutuo*, cit., p. 240 ss. la proibizione dell'autosoddisfacimento del creditore; U.

Alcuni autori hanno spiegato la mancata disciplina del divieto del patto commissorio nell'ambito del privilegio convenzionale richiamando, da un lato, la discutibilità della sua natura di «privilegio»; dall'altro lato, la sua non assimilabilità all'istituto generale, a fronte della sua sporadicità nel sistema dei privilegi. Secondo questa opinione, il legislatore, avendo a modello di privilegio quello legale, non si sarebbe rappresentato il rischio di una convenzione commissoria relativa a beni gravati da privilegio speciale<sup>112</sup>. La mancata esplicitazione del divieto con riguardo ai privilegi speciali è stata, invece, giustificata rilevando che essi, a differenza delle altre cause di prelazione, non presupporrebbero alcun contatto tra le parti del rapporto obbligatorio<sup>113</sup>.

L'opinione maggioritaria deve senz'altro essere condivisa perché anche rispetto ai beni gravati da privilegio si pone la medesima esigenza di tutela del debitore.

Un ultimo interrogativo attiene al momento della stipulazione del patto commissorio tipico. Secondo l'art. 2744 c.c. il patto commissorio stipulato dalle parti è nullo ove contestuale o successivo alla garanzia reale; parimenti dispone l'art. 1963 c.c. con riguardo all'immobile anticretico. Non è quindi formalmente sanzionato il *patto commissorio anteriore alla costituzione della garanzia*.

Se la nullità del patto commissorio è da ricondurre alla sua idoneità a realizzare una vicenda traslativa in assenza di una valutazione della congruità dei valori in danno del debitore, la fattispecie *de qua* deve essere considerata illecita posto che, la circostanza che le parti intendano – anche successivamente all'accordo – costituire una garanzia reale sullo stesso bene non è idonea a tutelare il debitore da possibili prevaricazioni del creditore.

MIELE, *Sul patto commissorio immobiliare*, cit., p. 70 s. ambedue; C. M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, cit., la ricostruzione per cui nel divieto rientrerebbe ogni patto di trasferimento del bene al creditore, al momento e per il fatto dell'inadempimento, della proprietà del bene di un debitore, sia esso gravato o no da garanzia specifica. Nega invece l'applicabilità del divieto del patto commissorio rispetto ai privilegi speciali Cass., 22 giugno 1942, n. 1728, in *Foro it.*, 1942, I, p. 953.

<sup>112</sup> F. GIGLIOTTI, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 165.

<sup>113</sup> In linea di principio il privilegio scaturisce da una specifica disposizione di legge, non occorrendo, né essendo possibile, un accordo delle parti per la sua nascita e per la sua regolamentazione, *ibidem*.

A favore dell'illiceità (successiva) del patto commissorio si mostrano anche coloro che individuano la *ratio* del divieto nella tutela del ruolo delle garanzie tipiche. Rilevano i sostenitori di questa ricostruzione che la successiva costituzione di una garanzia tipica sullo stesso bene oggetto del patto autonomo non avrebbe altro scopo che quello di consentire (illecitamente) il cumulo delle cautele predisposte a vantaggio del credito<sup>114</sup>.

7. *Il divieto del patto commissorio nel diritto inglese: la foreclosure*. – Nell'ambito del *common law* inglese, pur in assenza di una espressa previsione analoga a quella di cui agli artt. 2744 e 1963 c.c. il divieto del patto commissorio si ricava dalla disciplina della *foreclosure*<sup>115</sup>.

La *foreclosure* rappresenta il procedimento giurisdizionale mediante il quale la corte dichiara estinto in capo al *mortgagor* il diritto di riscattare il bene conferito in garanzia (*right to redeem/equity of redemption*) dopo la scadenza del termine contrattuale per l'adempimento<sup>116</sup>.

La *foreclosure* è prevista sia nel caso di *legal mortgage* sia nel caso di *equitable mortgage* contemplante un accordo, espresso ovvero tacito, accordante un *legal mortgage*. Il rimedio in esame non è invece riconosciuto al *pledgee* ovvero al titolare di una *mere charge* ossia di una *charge* non integrante anche un *equitable mortgage*<sup>117</sup>.

<sup>114</sup> In questo senso F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo*, cit., p. 166 s.

<sup>115</sup> In argomento si veda, tra gli altri, H. BEALE, M. BRIDGE, L. GULLIFER, E. LOMNICKA, *The law of security and title – based financing*, 3<sup>rd</sup> edn., Croydon, 2018, p. 613 ss., P. R. WOOD, *Comparative Law of Security Interests and Title Finance*, in *The Law and Practice of International Finance Series*, vol. II, 2<sup>nd</sup> edn., Beccles, 2007, p. 366 ss.; R. PEARCE, *Land Law*, 5<sup>th</sup> edn., London, p. 653.

<sup>116</sup> Cfr. *Law of property Act* 1925 par. 88 e 89; *Land Registration Act* 1925 par. 34. H. BEALE, M. BRIDGE, L. GULLIFER, E. LOMNICKA, *The law of security*, cit., p. 613 s.

<sup>117</sup> Si deve tuttavia rilevare come la distinzione tra *charge* e *equitable mortgage* sia in realtà molto sottile; l'inserimento nell'ambito del contratto di garanzia di una previsione contemplante, in capo al *mortgagee*, il diritto di esigere il trasferimento del diritto di proprietà ovvero di nominare stragiudizialmente un *receiver* abilitato a vendere la *charge property* è sufficiente a conferire alla medesima *charge* il carattere di *equitable mortgage*: questi sono gli unici casi in cui è stata affermata la disponibilità del rimedio in questione con riguardo ai casi di *crystallized floating charge*; cfr. *Sadler v Worley* (1894) in *Chancery*, 2, p. 170 ss.; *Re Continental Oxygen Co* (1897) in *Chancery*, 1, p. 511 ss.; *Re*

Il diritto alla *foreclosure* sorge, nel caso di *legal mortgage*, quando la proprietà immobiliare del *mortgagee* diviene *absolute at law*. Ciò si verifica quando il *mortgagor* è decaduto dal diritto di riscatto e la prestazione oggetto dell'obbligazione è divenuta esigibile (alla data contrattualmente prevista per il riscatto ovvero prima qualora il diritto di riscatto sia subordinato all'adempimento di un obbligo rimasto inadempito). Nell'ambito dell'*equitable mortgage*, il diritto al rimedio in parola sorge, invece, quando la somma dovuta dal *mortagor* non viene pagata alla scadenza.

Quanto alle modalità prescritte per avvalersi del rimedio in esame, al procedimento giudiziale introdotto dal *mortgagee* devono prendere parte tutti i soggetti interessati dalla garanzia ovvero dal diritto di riscatto, quali il *mortgagor* e gli altri creditori garantiti di grado successivo<sup>118</sup>.

Nell'ambito del predetto procedimento la corte ha anzitutto il potere discrezionale di ordinare una vendita della *mortgaged property* (*order of sale*), anziché di terminare il procedimento assegnando il diritto oggetto di garanzia al creditore. In questo caso si avrà una vendita giudiziale, la c.d. *judicial sale*<sup>119</sup>.

Nel caso in cui, invece, non vi sia alcun *order of sale*, la corte, emette un *foreclosure order nisi* (i.e., *unless the mortgagor redeems*), ossia un decreto che pronuncia la *foreclosure*, salvo che il debitore adempia. Tale ordine prevede che quando il *mortgagor* non paghi entro una certa data la garanzia debba essere *foreclosed*<sup>120</sup>.

L'effetto di questo provvedimento è quello di estinguere l'*equity of redemption* del debitore e di rendere il creditore l'unico titolare del diritto.

*Carshalton Park Estate Ltd* (1908) in *Chancery*, 2, p. 62 ss. e 67 ss.; *Re Gregory Love & Co* (1916) in *Chancery*, 1, p. 203 ss. e 209ss.

<sup>118</sup> H. BEALE, M. BRIDGE, L. GULLIFER, E. LOMNICKA, *The law of security*, cit., p. 615.

<sup>119</sup> Cfr. *Law of Property Act* 1925 cit., par. 91. La previsione dell'alternativa in parola trova la propria giustificazione nella volontà di consentire al *mortgagor* di conseguire il vantaggio del diritto di riscatto senza dover procurarsi i fondi necessari per estinguere il mortgage, soprattutto nei casi in cui il bene oggetto della garanzia abbia un valore assai superiore rispetto all'importo del debito; in quest'ultimo caso, il ricavato della vendita spetterà al *mortgagor*; sul punto cfr. H. BEALE, M. BRIDGE, L. GULLIFER, E. LOMNICKA, *The law of security*, cit., p. 615.

<sup>120</sup> *Ibidem*.



Fermo quanto sopra, è tuttavia opportuno segnalare che la *foreclosure* gode oggi di un tasso di operatività molto basso, tanto che è diffusa l'affermazione secondo la quale il rimedio in parola sia di fatto inesistente<sup>121</sup>.

L'inoperatività della *foreclosure* è principalmente dovuta dalla carenza di definitività dell'atto di attribuzione al creditore della piena proprietà del bene<sup>122</sup>. Al ricorrere di determinate circostanze la corte è, infatti, legittimata a riaprire il procedimento.

Le cause che consentono la riapertura della *foreclosure* includono il mancato rispetto da parte del debitore del termine giudiziale di adempimento a causa di eventi accidentali ed imprevedibili che, all'ultimo momento, gli abbiano impedito di pagare l'intero importo previsto; il particolare valore affettivo, per il debitore, del bene conferito in garanzia; e, ancora, l'aver il *mortagor* subito una ingiustizia nell'ambito del procedimento di *foreclosure*<sup>123</sup>.

Un altro inconveniente dell'istituto è dato dall'effetto esdebitatorio a favore del debitore che consegue al trasferimento della proprietà del bene. Al creditore è, infatti, precluso agire per la differenza del credito insoluto e una simile azione determina la riapertura del procedimento di *foreclosure*<sup>124</sup>.

È di solare evidenza perché i *mortgagee* preferiscano di gran lunga richiedere la vendita stragiudiziale del bene, anziché la *foreclosure*.

In conclusione, dall'analisi dell'istituto della *foreclosure* emerge come nel *common law* inglese, tradizionalmente caratterizzato da una massima tutela dell'autonomia privata, non è consentito il conseguimento, da parte del creditore garantito, del

<sup>121</sup> È famosa l'affermazione di *Nicholls V.-C. in Palk v. Mortgage Services Funding Plc* (1993), in Chancery pp. 330, 336 secondo cui: «*So far as I am aware, foreclosure actions are almost unheard of today and have been so for many years. Mortgagees prefer to exercise other remedies. They usually appoint a receiver or exercise their powers of sale. Take the present case: the security is inadequate, but Mortgage Services is not seeking to foreclose, nor is it seeking to sell at once. It is seeking to hold on to the house, preferably without becoming accountable as a mortgagee in possession, with a view to exercising its own power of sale at some future date*». La stessa *Law Commission* ne aveva proposto l'abolizione: Rep. N. 204 del 13 November 1991, "Transfer of land- Land mortgages" par. 7.26 ss.

<sup>122</sup> In argomento cfr. P. R. WOOD, *Comparative Law of Security Interests*, cit., p. 366; R. PEARCE, *Land Law*, cit., p. 653.

<sup>123</sup> H. BEALE, M. BRIDGE, L. GULLIFER, E. LOMNICKA, *The law of security*, cit., p. 615, nt. 120.

<sup>124</sup> *Ivi*, p. 614 s.

diritto di proprietà sul bene concesso in garanzia al di fuori di una procedura giudiziaria.

8. *Il patto marciano*. – Il patto marciano rappresenta una convenzione con la quale si conviene che, in caso di inadempimento di un debito, il creditore acquisti la proprietà di un bene del debitore, con l'obbligo, per il creditore, di versare al debitore l'eventuale eccedenza di valore del bene, stimato da un terzo, rispetto all'importo del debito inadempito<sup>125</sup>.

L'istituto, che deve il nome a un passo del giurista Marciano<sup>126</sup>, è rimasto a lungo ignoto al diritto positivo pur godendo di una tradizione dogmatica assai risalente, incentrata fin dalle origini sul rapporto col divieto del patto commissorio<sup>127</sup>.

I due patti differiscono tra loro in quanto, mentre il primo ricollega al trasferimento della proprietà l'immediata estinzione dell'obbligazione garantita, il secondo comporta invece la stima del bene e l'imputazione del suo valore al pagamento del debito garantito (con il diritto del debitore alla restituzione dell'eventuale differenza).

<sup>125</sup> Sul tema, per tutti, M. EBNER, *Patto marciano*, in *Enc. giur.*, XXII, p. 1 ss.

<sup>126</sup> *Potest ita fieri pignoris datio hypothecae, ut, si intra certus tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem, iusto pretio tunc aestimandum; hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio*" (MARCIANUS, *Libro singolari, ad formulam hypothecariam*, in D. 20, 1, 16, 9).

<sup>127</sup> Una parte più o meno vasta degli studi sul patto commissorio è sovente dedicata al patto marciano. Tra i contributi specificamente dedicati alla convenzione marciana si segnala in particolare G. F. MINNITI, *Patto marciano*, cit., p. 29 ss.

Detto elemento distintivo dei due patti rappresenta la ragione in virtù della quale, diversamente dal patto commissorio, il patto marciano è ritenuto lecito dalla giurisprudenza<sup>128</sup> e dalla prevalente dottrina<sup>129</sup>.

I caratteri essenziali del patto marciano sono: la previsione del trasferimento di un bene dal debitore al creditore per il caso di inadempimento di un'obbligazione; la stima del bene effettuata da un terzo; l'obbligo del creditore di corrispondere al debitore la differenza tra il valore del bene e l'importo del debito inadempito<sup>130</sup>.

Per quanto riguarda le concrete modalità di effettuazione del trasferimento della cosa data in garanzia e, quindi, l'ambito di applicazione del patto marciano, valgono le medesime considerazioni svolte da dottrina e giurisprudenza in tema di patto commissorio. Più precisamente, il patto marciano può ricorrere innanzitutto

<sup>128</sup> Cfr. Cass., 21 giugno 1946, n. 732, in *Giur. it.*, 1947, I, 1, c. 32 ss.; Cass., 21 dicembre 1950, n. 2807, *Foro it.*, 1951, I, c. 573 ss.; Cass., 27 novembre 1951, n. 2696, *ivi*, 1952, I, c. 11 ss.; Cass., 30 marzo 1954, n. 988, *ivi*, Rep. 1954, voce *Vendita*, n. 99; Cass., 21 luglio 1956, n. 2828, cit., c. 11 ss.; Cass., 16 ottobre 1995, n. 10805, cit., p. 28 ss.; Cass., 9 maggio 2013, n. 10986, in *Vita not.*, 2013, 2, p. 719 ss.; Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Corr. giur.*, 2016, 4, p. 486 ss.; Cass., 17 gennaio 2020, n. 844, in *Giur. it.*, 2021, 1, p. 48 ss., con nota di C. SCAPINELLO, *Ammissibilità dei patti sulla garanzia patrimoniale con marciano atipico*.

<sup>129</sup> V. LOJACONO, *Il patto commissorio*, cit., p. 71 ss.; V. ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, in R. Nicolò, V. Andrioli e G. Gorla, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Comm. del cod. civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro VI, Tutela dei diritti, Art. 2740-2899*, 2ª ed., Bologna-Roma, 1958, p. 54; C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 202 ss.; ID., *Patto commissorio*, cit., p. 711 ss., spec. p. 718; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, 9ª ed., Milano, 1959, p. 100; M. FRAGALI, *Del mutuo*, cit., p. 256 s.; C. VARRONE, *Il trasferimento della proprietà*, cit., p. 80 ss.; U. CARNEVALI, *Patto commissorio*, cit., p. 499 ss.; spec. p. 505; I. BUGANI, *Il divieto del patto commissorio e la vendita con patto di riscatto (o con patto di retrovendita)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, II, p. 31 ss., spec. p. 39; A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto. Artt. 1500-1509*, in *Cod. civ. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1987, p. 242 ss.; ID., *Alla ricerca degli arcani confini*, cit., p. 219 ss.; F. REALMONTE, *Le garanzie immobiliari*, cit., p. 16 ss.; ID., *Stipulazioni commissorie*, cit., c. 1440 ss., spec. c. 1444; M. IACUANIELLO BRUGGI, *Patto commissorio*, cit., p. 6 s.; U. MORELLO, *Frude alla legge*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 501 ss., spec. p. 514; M. VIALE, *Le garanzie bancarie*, in *Tratt. di dir. comm. e dir. pubbl. dell'econ.* diretto da Galgano, XVIII, Padova, 1994, p. 115; V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. di dir. priv.* diretto da P. Rescigno, vol. 19, 2ª ed., Torino, 1997, p. 561 s.; F. ANELLI, *Le alienazioni*, cit., p. 429 ss.; A. SASSI, *Garanzia del credito*, cit., p. 287 ss.; N. CIPRIANI, *Patto commissorio*, cit., p. 137.

<sup>130</sup> Cfr. M. EBNER, *Patto marciano*, cit., p. 1.

nelle fattispecie tipizzate dal legislatore come ipotesi di patto commissorio vietato, vale a dire quando si convenga che il creditore in caso di inadempimento del debitore acquisti un bene di quest'ultimo già ipotecato o dato in pegno<sup>131</sup>. La convenzione marciiana può poi sussistere anche nelle altre fattispecie createsi nella prassi e recepite dalla dottrina e dalla giurisprudenza quali, ad esempio, il patto commissorio autonomo; l'alienazione sotto condizione risolutiva dell'adempimento; la vendita con patto di riscatto, il *sale and lease back* e il mandato ad alienare con autorizzazione a contrarre con sé stessi ed esonero dell'obbligo di rendiconto quando impiegati per porre in essere un patto commissorio<sup>132</sup>.

Altro elemento essenziale del patto marciano è la stima del bene. Questa, peraltro, deve necessariamente essere effettuata dopo l'inadempimento<sup>133</sup>. A tal proposito si è rilevato che una stima antecedente all'inadempimento potrebbe non essere in grado di prevenire una sopravvenuta sproporzione tra credito garantito e bene alienato in garanzia, vanificando, così, la funzione del patto marciano<sup>134</sup>.

Per la validità del patto in esame occorre, inoltre, che la stima del bene venga effettuata da un terzo, designato dalle parti di comune accordo o secondo un criterio precedentemente stabilito<sup>135</sup>. Mentre, come si è detto, la stima deve essere effettuata dopo l'inadempimento, la nomina del terzo arbitratore può essere effettuata anche prima dell'inadempimento e persino essere contenuta nella stessa convenzione marciiana<sup>136</sup>.

<sup>131</sup> Cfr. *supra*, § 3.

<sup>132</sup> In tutte queste ipotesi vi sarebbe spazio per la previsione aggiuntiva di una «clausola di salvezza» contenente l'obbligo per il creditore di versare al debitore la differenza tra il valore del bene e l'importo del debito tale da rendere lecita la pattuizione, cfr. Trib. Monza, 24 maggio 1988, in *Foro it.*, 1989, I, p. 1271 ss.

<sup>133</sup> U. CARNEVALI, *Patto commissorio*, cit., p. 505; M. IACUANIELLO BRUGGI, *Patto commissorio*, cit., p. 7.

<sup>134</sup> In questo senso S. BARBARA, *Circolazione dei beni ed evoluzione del divieto del patto commissorio*, in *Notariato*, 2012, 6, p. 717 ss., spec. 726.

<sup>135</sup> E. MARROCCO, *Note sul patto Marciano*, in *Nuovo dir.*, 1989, p. 978 ss.; M. IACUANIELLO BRUGGI, *Patto commissorio*, cit., p. 7; U. CARNEVALI, *Patto commissorio*, cit., p. 505; C. M. BIANCA, *Patto commissorio*, cit., p. 718.

<sup>136</sup> M. EBNER, *Patto marciano*, cit., p. 2.

La stima deve poi essere il più possibile equa ed obiettiva, senza alcuna limitazione o condizionamento nei criteri o nei metodi di effettuazione<sup>137</sup>.

Ancora, deve essere consentito al debitore e al creditore di attivare un controllo giurisdizionale di tipo successivo sull'operato dell'arbitratore, in ossequio a quanto previsto dall'art. 1349, comma 1, c.c., secondo il quale «se manca la determinazione del terzo o se questa è manifestamente iniqua o erronea, la determinazione è fatta dal giudice»<sup>138</sup>.

L'ultimo elemento caratterizzante il patto marciano è, come accennato in apertura, l'obbligo del creditore di corrispondere al debitore la differenza tra il valore del bene e l'importo del debito inadempito. La previsione di tale obbligo, in capo al creditore, è volta a garantire sia che il creditore non ottenga più di quanto gli sarebbe spettato e che avrebbe ottenuto nel caso in cui l'obbligazione fosse stata adempiuta, sia che il debitore non subisca un pregiudizio dalla perdita di un bene che, normalmente, ha un valore superiore a quello del debito garantito<sup>139</sup>.

Secondo un'opinione diffusa in dottrina la necessaria corrispondenza tra quanto ottenuto dal creditore e quanto gli sarebbe spettato non sarebbe altro che la conferma del principio, immanente nel nostro sistema, della equità e del giusto temperamento di interessi<sup>140</sup>.

In ciò consiste l'essenza del patto marciano: la mancata osservanza di queste cautele comporta l'impossibilità di differenziare l'accordo da un normale patto commissorio e, quindi, la sua nullità<sup>141</sup>.

<sup>137</sup> Tale è, ad esempio, la stima effettuata da persona qualificata, basata su listini di mercato o di borsa ovvero fondata su criteri di valutazione non arbitrari o generici che consentano di avvicinare il più possibile la stima al valore reale e di mercato del bene, così M. IACUANIELLO BRUGGI, *Patto commissorio*, cit., p. 7.

<sup>138</sup> Cfr. Cass., 5 ottobre 1963, n. 2632, in *Giur. it.*, 1964, p. 317 ss.; C. M. BIANCA, *Patto commissorio*, o.l.u.c.

<sup>139</sup> M. EBNER, *Patto marciano*, cit., p. 2.

<sup>140</sup> G. VALCAVI, *Intorno al divieto*, cit., c. 205 ss.; M. LASCIALFARI, *Alienazioni a scopo di garanzia*, in *Enc. giur.*, XXII, 2004, p. 5.

<sup>141</sup> Sul punto v. C. M. BIANCA, *Patto commissorio*, cit., p. 718, secondo il quale si è in presenza di un patto commissorio qualora sia previsto che la stima debba essere effettuata prima dell'inadempimento, qualora il terzo sia nominato da una sola delle parti o qualora non sia garantita una valutazione obiettiva del bene.

9. *Il fondamento della validità del patto marciano.* – Come già anticipato, nell'impostazione tradizionale il problema del patto marciano si risolve essenzialmente nel problema della *ratio* che si ritiene di individuare alla base della proibizione del patto commissorio. Le questioni sarebbero, pertanto, frontalmente speculari l'una all'altra.

A fronte della recente codificazione delle figure di patto marciano che verranno di seguito esaminate occorre in primo luogo scartare tutte quelle tesi che, in netta contrapposizione con le teorie che ammettono la validità del patto marciano, ne hanno per contro sostenuto l'invalidità, sempre argomentando dal presunto fondamento del divieto di cui all'art. 2744 c.c.

Ad esempio, una parte di quella corrente dottrinale che individua la *ratio* del divieto del patto commissorio nella *par condicio creditorum* rileva come anche il patto marciano urterebbe contro il divieto di cui all'art. 2744 c.c. in quanto, sotto tale profilo, vincolando il bene al soddisfacimento del creditore stipulante, lo sottrae all'aggressione degli altri creditori<sup>142</sup>.

Anche i sostenitori della tesi che individua la *ratio* del divieto del patto commissorio nell'impossibilità di disporre in funzione di garanzia concludono per l'invalidità del patto marciano, non potendo l'equità dei valori rimediare all'inidoneità del negozio di garanzia a realizzare il trasferimento del diritto di proprietà<sup>143</sup>. Secondo questa ricostruzione, lo squilibrio tra le prestazioni, sebbene

<sup>142</sup> C. LICINI, *Le tecniche moderne di garanzia nella prassi notarile*, in *Riv. not.*, 1996, 5, 1001 ss.; L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., p. 319, il quale rileva che un ulteriore vantaggio ingiusto per il creditore con il quale è stipulato il patto marciano deriverebbe poi dalla circostanza che egli, oltre alla «garanzia» atipica ottenuta sul bene oggetto del patto conserverebbe anche la garanzia generica sul residuo patrimonio del debitore. Tale situazione, in contrasto con il divieto del patto commissorio, sarebbe invece esclusa se la garanzia generica del creditore sugli altri beni del debitore venisse meno automaticamente in conseguenza della stipula del patto marciano. A tale impostazione si è, tuttavia, condivisibilmente replicato che nel nostro ordinamento non esiste un generale principio su cui giustificare una simile limitazione all'art. 2740 c.c., ed infatti il creditore ipotecario o pignoratizio ben può soddisfarsi sui residui beni del debitore, una volta dato seguito alla sua garanzia specifica, cfr. M. EBNER, *Patto marciano*, cit., p. 3 s.

<sup>143</sup> G. F. MINNITI, *Patto marciano*, cit., p. 48.

indice dell'approfittamento, non sarebbe elemento costitutivo della fattispecie commissoria.

Orbene, riconosciuta definitivamente la liceità del patto marciano nel nostro ordinamento, la *ratio* del divieto come sopra individuata consente di individuare il fondamento della validità dello stesso. Se la conclusione a cui si è giunti secondo la quale il divieto del patto commissorio trova il proprio fondamento nell'esigenza di tutelare il debitore dalle possibili prevaricazioni del creditore è corretta, il patto marciano risulta lecito perché in esso mancherebbero l'iniquità e il pregiudizio economico per il debitore, che, al contrario, sussisterebbero nel patto commissorio in conseguenza della sproporzione tra l'importo del debito acquistato dal creditore e il valore del debito inadempito. Come si è avuto modo di vedere, nel patto marciano i due valori devono coincidere o, se non coincidono, vengono ricondotti in equilibrio, a fronte dell'obbligo del creditore di corrispondere al debitore la differenza rispetto all'importo del debito inadempito<sup>144</sup>.

Al rilievo avanzato da una parte della dottrina secondo cui il patto commissorio sarebbe affetto da illiceità e, quindi, nullo anche quando detta sproporzione non sussista e si abbia una esatta corrispondenza dei due valori, oppure il bene trasferito al creditore abbia un valore inferiore rispetto al debito garantito<sup>145</sup> può

<sup>144</sup> Cfr. *supra*, § 8.

<sup>145</sup> Cfr. V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 436; U. CARNEVALI, *Patto commissorio*, cit., p. 500; M. IACUANIELLO BRUGGI, *Patto commissorio*, cit., p. 7; G. F. MINNITI, *Patto marciano*, cit., p. 248; C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 219 ss.; proprio la circostanza che la accidentale ed eventuale non iniquità del patto commissorio non è idonea a renderlo lecito ha portato l'ultimo Autore a ritenere che anche la liceità del patto marciano prescinda da qualsiasi apprezzamento dei risultati (pregiudizievole o meno per il debitore) e sia, al contrario, ancorata solo ad una valutazione del contenuto e della struttura del patto stesso. La pattuizione relativa al trasferimento del bene al creditore esclusivamente per il suo valore effettivo, da accertare imparzialmente solo dopo l'inadempimento, giustificerebbe la liceità *a priori* del patto marciano, nel senso che non sarebbe mai necessaria una verifica in concreto della sua liceità, salva la possibilità di impugnare la stima *ex art.* 1349 c.c. Al contrario, coloro che pongono l'accento sulla libertà morale del debitore rilevano che la clausola di stima, incidendo unicamente sull'aspetto patrimoniale del negozio, non è sufficiente ad escludere *a priori* l'equivalenza al risultato insidioso del patto commissorio; anche il patto marciano, come ogni alienazione condizionata all'inadempimento, può integrare la frode alla legge *ex art.* 1344 c.c., così E. CARBONE, *Debitoris suffocatio e patto commissorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, IV, p. 1112.

replicarsi come il problema della liceità del patto marciano non sia un problema di valutazione dei risultati che possono essere concretamente conseguiti, ma riguardi la valutazione del suo tipico contenuto, come patto di attribuzione di un bene del debitore a estinzione del debito inadempito secondo il valore effettivo del bene stesso<sup>146</sup>. Sotto questo profilo, significativa appare una pronuncia della Corte di Cassazione in tema di *sale and lease back*, secondo cui il «fondamento dell'effetto salvifico è, da un lato, l'idoneità della clausola a ristabilire l'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni del contratto di *lease back* (requisito svalutato da chi reputa che l'art. 2744 c.c. non esiga alcuna sproporzione di valori, ma dovendosi invece ribadire che l'ordinamento presume detta sproporzione nel meccanismo vietato) e, dall'altro lato, la sua capacità di scongiurare che l'attuazione coattiva del credito avvenga senza alcun controllo dei valori patrimoniali in gioco<sup>147</sup>».

Inconcludenti si mostrano del resto sotto il profilo della liceità del patto marciano le altre tesi sul fondamento del divieto del patto commissorio.

Per la tesi che individua la *ratio* del divieto del patto commissorio nella tipicità delle cause di prelazione e delle garanzie reali non sembra esservi alcuna differenza con il patto commissorio, e ciò sia nell'ipotesi in cui il patto acceda ad una ipoteca o ad un pegno – nel qual caso una causa legale di prelazione in favore di quel medesimo creditore già esiste – sia nel caso in cui esso sia «autonomo» – nel qual caso il creditore godrà di una situazione più vantaggiosa rispetto a quella degli altri creditori<sup>148</sup>.

Un'ulteriore teoria concernente la validità del patto marciano invoca l'applicazione analogica dell'art. 1851 c.c. sul presupposto che le due figure perseguano la medesima finalità<sup>149</sup>.

Come noto, la disciplina codicistica del pegno irregolare prevede che se il debitore dà in garanzia al creditore somme di denaro, merci o titoli, questi passano in proprietà allo stesso creditore, salvo l'obbligo per quest'ultimo di restituire il

<sup>146</sup> C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 220 ss.

<sup>147</sup> Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625 cit.

<sup>148</sup> Cfr. U. CARNEVALI, *Patto commissorio*, cit., p. 501; V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 401.

<sup>149</sup> G. CRICENTI, *I contratti in frode*, cit., p. 56 ss. In giurisprudenza di recente Cass., 17 gennaio 2020, n. 844 cit.



*tantundem*, in caso di adempimento, o l'eccedenza rispetto al credito, in caso di inadempimento, in base a una valutazione da effettuarsi al momento della scadenza del debito<sup>150</sup>. Tuttavia, si è giustamente osservato che il diverso oggetto del pegno irregolare rispetto alle altre alienazioni in garanzia rende impossibile assimilare le due fattispecie<sup>151</sup>.

In conclusione, il patto marciano deve considerarsi valido perché esso, contemplando una valutazione del rapporto di congruità tra valore del bene e ammontare del credito, esclude in radice il rischio per il debitore di possibili prevaricazioni da parte del creditore.

*10. Il marciano nei recenti interventi legislativi: a) cessione del credito o trasferimento della proprietà con funzione di garanzia nei contratti di garanzia finanziaria.* – Come accennato in apertura, il patto marciano è ora al centro di cinque provvedimenti i quali costituiscono un espresso recepimento legislativo del suo schema.

Si tratta della legge 2 aprile 2015, n. 44 in materia di prestito vitalizio ipotecario; dell'attuazione della Dir. 2014/17/UE (finanziamenti ai consumatori), recepita con il d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72, che ha introdotto nel TUB il nuovo art. 120-*quinquiesdecies*; del c.d. «Decreto salva-banche» (d.l. 3 maggio 2016, n. 59, convertito con l. 30 giugno 2016, n. 119) recante la disciplina del pegno non possessorio (art. 1, comma 7, lett. b) e del «finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato» (art. 2); cui va aggiunta l'espressa deroga del divieto di patto commissorio contenuta nell'art. 6, comma 2, d. lgs. 21 maggio 2004, n. 170, di recepimento della Direttiva 2002/47/CE del 6 giugno 2002, in materia di contratti di garanzia finanziaria.

<sup>150</sup> Secondo la dottrina maggioritaria, tale fattispecie costituirebbe una vera e propria deroga al divieto del patto commissorio, in quanto in esso, come nel patto marciano, mancherebbe in radice la possibilità di lesione degli interessi del debitore, cfr. U. CARNEVALI, *Patto commissorio*, cit., p. 505; C. M. BIANCA, *Patto commissorio*, cit., p. 718; E. ROPPO, *Note sopra il divieto*, cit., p. 402; M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., p. 242; N. CIPRIANI, *Patto commissorio*, cit., p. 127.

<sup>151</sup> La replica è di G. F. MINNITI, *Patto marciano*, cit., p. 59.

L'ambito di applicazione del d. lgs. 21 maggio 2004, n. 170<sup>152</sup> sul piano soggettivo è specificato dall'art. 1, lett. d), ove si afferma che il decreto si applica alle operazioni nelle quali le parti contraenti (ossia il beneficiario e il datore di garanzia) rientrano in una delle categorie ivi contemplate<sup>153</sup>.

Sul piano oggettivo il d. lgs. 21 maggio 2004, n. 170 disciplina i contratti di garanzia finanziaria aventi ad oggetto le «attività finanziarie», vale a dire sia gli «strumenti finanziari<sup>154</sup>» e «gli altri individuati con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, su proposta della Banca d'Italia e della Commissione nazionale per le società e la Borsa, in relazione alle previsioni della direttiva 2002/47/CE del 6 giugno 2002 del Parlamento europeo e del Consiglio<sup>155</sup>»; sia il «contante<sup>156</sup>», sia «le attività accettate a garanzia delle operazioni» connesse con le funzioni del Sistema europeo delle banche centrali e dei sistemi di pagamento e regolamento di titoli<sup>157</sup>.

<sup>152</sup> In argomento cfr. E. GABRIELLI, *Studi sulle garanzie*, cit., p. 305 ss.; G. SARDO, *La disciplina del contratto di garanzia finanziaria: appunti sul D. lgs. 21 maggio 2004, n. 170*, in *Contr.*, 2005, 6, p. 617 ss.; P. CARRIÈRE, *La nuova normativa sui contratti di garanzia finanziaria. Analisi critica*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2005, 2, p. 184 ss.

<sup>153</sup> Al riguardo, l'art. 1, lett. d) del Decreto stabilisce che le parti che stipulano un contratto di garanzia finanziaria devono rientrare in una delle seguenti categorie: 1) determinate autorità pubbliche; 2) banche centrali; 3) enti finanziari sottoposti a vigilanza prudenziale; 4) controparti centrali, agenti di regolamento, stanze di compensazione; 5) persone diverse dalle persone fisiche, incluse imprese e associazioni prive di personalità giuridica, purché la controparte sia un ente definito ai numeri da 1) a 4).

<sup>154</sup> Cfr. art. 1, 2° co., lett. da a) ad e), d.lgs. n. 58/1998.

<sup>155</sup> Con la formula in parola, il d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170, sembrerebbe lasciare aperta la possibilità che sulla base di apposite disposizioni della normativa di settore, «in relazione alle previsioni della direttiva 2002/47/CE» si possano individuare quali strumenti finanziari ai fini della disciplina dei contratti di garanzia anche strumenti ulteriori e diversi. Così E. GABRIELLI, *Studi sulle garanzie*, cit., p. 307, spec. nt. 16.

<sup>156</sup> Per tale dovendosi intendere il «denaro accreditato su un conto od analoghi crediti alla restituzione di denaro, quali i depositi sul mercato monetario» con esclusione delle banconote e delle monete metalliche (cfr. art. 1, lett. h, d. lgs. 21 maggio 2004, n. 170).

<sup>157</sup> Cfr. l'art. 1, 1° co., lett. r, d. lgs. 12 aprile 2001, n. 210 sulla definitività degli ordini di pagamento, ove l'oggetto della garanzia comprende «qualsiasi diritto avente ad oggetto o relativo a valute [...] o altre attività prontamente realizzabili [...] in qualunque modo e forma costituito [...]» sia gli strumenti finanziari di cui all' art. 1, 2° co., lett. da a) ad e), d.lgs. n. 58/1998.

Il «contratto di garanzia finanziaria» è definito come «il contratto di pegno o il contratto di cessione del credito o di trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia, ivi compreso il contratto di pronti contro termine, e qualsiasi altro contratto di garanzia reale avente ad oggetto attività finanziarie e volto a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie» (art. 1, lett. d).

Per effetto della qualificazione del tipo contrattuale mediante il riferimento al profilo funzionale della fattispecie è stato introdotto nel nostro ordinamento un concetto ampio di garanzia<sup>158</sup>.

Lo schema del tipo così delineato ha introdotto sul piano sistematico, accanto all'ipotesi tradizionale di pegno, sia qualsiasi ipotesi di «contratti di garanzia reale avente ad oggetto attività finanziarie»; sia ipotesi di contratti che prevedono il trasferimento della proprietà a titolo di garanzia<sup>159</sup>.

La validità della garanzia finanziaria con trasferimento della proprietà viene infatti espressamente riconosciuta nell'art. 6, d. lgs. 21 maggio 2004, n. 170, ove si stabilisce che «i contratti di garanzia finanziaria che prevedono il trasferimento della proprietà con funzione di garanzia, compresi i contratti di pronti contro termine, hanno effetto in conformità ai termini in essi stabiliti, indipendentemente dalla loro qualificazione».

Quanto poi alle modalità di realizzo della garanzia, l'art. 4, d. lgs. 21 maggio 2004, n. 170 accorda al creditore garantito una serie di strumenti di autotutela particolarmente incisivi, azionabili «al verificarsi di un evento determinante l'escussione della garanzia»<sup>160</sup>.

L'articolo in commento attribuisce innanzitutto al creditore garantito la facoltà di vendere le attività finanziarie oggetto della garanzia, trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del proprio credito, fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita.

<sup>158</sup> E. GABRIELLI, *Studi sulle garanzie*, cit., p. 310; G. SARDO, *La disciplina del contratto*, cit., p. 619.

<sup>159</sup> Sul punto cfr. E. GABRIELLI, *Studi sulle garanzie*, cit., p. 311.

<sup>160</sup> Ai sensi dell'art. 1, lett. i) del d. lgs. 21 maggio 2004, n. 170 «l'evento» in questione è «l'inadempimento o qualsiasi altro evento analogo convenuto fra le parti».

È di solare evidenza la deroga agli artt. 2797 e 2798 c.c. ai sensi dei quali, rispettivamente, la vendita della cosa data in pegno deve avvenire all'incanto e previa intimazione contro la quale, peraltro, il debitore può spiegare opposizione, mentre l'assegnazione in pagamento della cosa oggetto di pegno va comunque domandata al giudice.

In alternativa alla vendita, il legislatore prevede la facoltà per il creditore di «appropriarsi» delle attività finanziarie oggetto del pegno, diverse dal contante, fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita, purché tale facoltà sia prevista nel contratto di garanzia finanziaria e che lo stesso espliciti i criteri di valutazione.

Come accennato in apertura, l'art. 6, secondo comma, d. lgs. 21 maggio 2004, n. 170 dispone che ai contratti di garanzia finanziaria che implicano il trasferimento della proprietà con funzione di garanzia non si applica il divieto di cui all'art. 2744 c.c.

Secondo un'autorevole dottrina la disapplicazione del divieto del patto commissorio risulterebbe in realtà giustificata dalla circostanza che la tutela degli interessi del debitore e dei terzi creditori di quest'ultimo risulterebbe bilanciata da altre disposizioni del decreto, quali quelle secondo cui il trasferimento della proprietà – sia in sede di costituzione sia in sede di escussione – avvenga solo su base volontaria esclusivamente tra soggetti «istituzionali» e persone diverse da persone fisiche ossia con riguardo a soggetti per i quali non si pone una esigenza di speciale tutela<sup>161</sup>.

Nondimeno, la norma che consente al creditore pignoratizio l'appropriazione delle attività finanziarie diverse dal contante, più che di un patto commissorio, sembra presupporre l'esistenza di un patto marciano. Il potere attribuito al creditore pignoratizio, infatti, incontra il limite del valore dell'obbligazione

<sup>161</sup> Così E. GABRIELLI, *Studi sulle garanzie*, cit., p. 312. Secondo l'Autore, in presenza di eventuali violazioni, verrebbe in soccorso il criterio della valutazione delle condizioni di realizzo di cui all'art. 8 che, facendo applicazione del principio e del criterio della ragionevolezza, consentirebbe di rideterminare con un giudizio successivo le eventuali eccedenze del valore della garanzia rispetto a quello dell'obbligazione garantita.

garantita e, oltretutto, è controbilanciato dalla necessaria individuazione dei criteri di valutazione del bene oggetto della garanzia<sup>162</sup>.

A ben vedere, ricorrono nella fattispecie di cui all' art. 4, 1° co., lett. b), d. lgs. 21 maggio 2004, n. 170 tutti i caratteri del patto marciano ossia la previsione del trasferimento di un bene dal debitore al creditore per il caso di inadempimento di un'obbligazione; la stima del bene conferito in garanzia; l'obbligo del creditore di corrispondere al debitore la differenza tra il valore del bene e l'importo del debito inadempito<sup>163</sup>.

<sup>162</sup> G. SARDO, *La disciplina del contratto*, cit., p. 621. Sul punto v. *amplius*, Cap. III, § 3.

<sup>163</sup> V. *supra*, § 8.

11. (segue) b) *il prestito vitalizio ipotecario*. – Il prestito vitalizio ipotecario<sup>164</sup>, già noto negli ordinamenti di *common law* con il nome di *equity release*<sup>165</sup>, fu introdotto con l'art. 11 *quaterdecies* della legge 2 dicembre 2005, n. 248.

<sup>164</sup> In argomento T. RUMI, *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni “marciane” a garanzia del credito immobiliare*, in G. D'Amico, S. Pagliantini, F. Piraino, T. Rumi, *I nuovi marciani*, Torino, 2017, p. 105 ss.; ID., *La nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Contr.*, 2015, 10, p. 937 ss.; D. CERINI, *Il prestito vitalizio ipotecario: legal transplant in cerca di definizione*, in *Dir. econ. assic.*, 2006, 2, p. 503 ss.; R. RINALDI, A. VARRATI, *Credito e Imprese - Lo sviluppo del prestito ipotecario vitalizio in Italia: potenzialità e problemi normativi*, in *Bancaria*, 2007, 3, p. 65 ss.; B. VARI, *La riforma dell'ipoteca convenzionale in Francia*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 2, pt. 1, p. 249 ss.; R. GRECO, *Funzione di adeguamento e contratto di mantenimento*, in *Notariato*, 2009, 2, p. 196 ss.; G. GIGLIOTTI, *Il prestito vitalizio ipotecario: un “reverse mortgage” all'italiana?*, in *Corr. mer.*, 2011, 7, p. 677 ss.; C. AGABITINI, *Ancora in tema di ordine pubblico di protezione e mercato del credito. L'accesso al credito e il bene casa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 1, p. 61 ss.; G. O. MANNELLA, G. C. PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, Milano, 2015; S. CHERTI, *Prime note sulle modifiche alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Corr. giur.*, 2015, 8-9, p. 1099 ss.; A. PAGANO (a cura di), *Novità normativa Rassegna di legislazione*, in *Corr. giur.*, 2015, 6, p. 754 ss.; ID., *Novità normative Rassegna di legislazione*, in *Corr. giur.*, 2016, 4, p. 458 ss.; M. PROCOPIO (a cura di), *Novità legislative Rassegna di legislazione nazionale*, in *Dir. prat. tribut.*, 2015, 3, pt. 1, p. 413 ss.; A. IULIANI, *Il prestito vitalizio ipotecario nel nuovo “sistema” delle garanzie reali*, in *Nuov. leggi civ. comm.*, 2016, 4, p. 717 ss.; A. CHIANALE, *L'inutilità dell'ipoteca nel “prestito vecchietti”*, in *Notariato*, 2016, 4, p. 358 ss.; M. PROCOPIO (a cura di), *Novità legislative Rassegna di legislazione*, in *Dir. prat. tribut.*, 2016, 2, pt. 1, p. 672 ss.; M. TATARANO, *Prestito vitalizio ipotecario e affidamento fiduciario*, in *Trusts e attività fiduc.*, 2017, 3, p. 252 ss.; F. SPINACI, *L'evoluzione dei patti marciani*, in *Cult. e dir.*, 2017, 2-3, p. 77 ss.; R. LENZI, *Prestito vitalizio ipotecario, riforma del credito immobiliare e incerto destino del marciano di diritto comune*, in *Osserv. dir. civ. e comm.*, 2017, 2, p. 319 ss.; ID., *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *Giur. it.*, 2017, 7, p. 1736 ss.; R. LENZI, M. TATARANO, *Recenti riforme in tema di garanzie del credito bancario*, in *Studi e mat.*, 2017, 1-2, p. 3 ss.; A. FUSARO, *Il prestito vitalizio ipotecario in prospettiva comparatistica*, in *Notariato*, 2017, 2, p. 114 ss.; G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, in *Europa e dir. priv.*, 2017, 1, p. 1 ss.; A. ADDANTE, *Prestito vitalizio ipotecario e schemi negoziali affini*, in *Banca borsa e tit. di cred.*, 2017, 4, pt. 1, p. 497 ss.; D. RUSSO, *I nuovi strumenti contrattuali contro la crisi economica: il prestito vitalizio ipotecario* *Commento a l. 2 aprile 2015, n. 44*, in *Studium iuris*, 2018, 3, p. 297 ss.; D. RUSSO, *Nuovi meccanismi marciani e divieto del patto commissorio*, in *Foro nap. – Nuova Serie*, 2018, 1, p. 159 ss.; M. ROBLES, *Problema e sistema nel prestito vitalizio ipotecario*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 6, p. 1619 ss.; V. IVONE, *Il prestito vitalizio ipotecario: luci e ombre del principale istituto della c.d. finanza della terza età*, in *Contr. impr.*, 2018, 1, p. 383 ss.; L. FOLLIERI, *Il patto marciano tra diritto “comune” e “speciale”*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2018, 12, pt. 2, p. 1857 ss.; E. BEZZI, *Prestito vitalizio ipotecario e divieto di patto commissorio: una*

Tale articolo prevedeva la possibilità per gli istituti di credito di concedere finanziamenti a medio e lungo termine, con capitalizzazione annuale di interessi e spese e con rimborso integrale in unica soluzione alla scadenza; doveva trattarsi di finanziamenti assistiti da ipoteca di primo grado su immobili residenziali e riservati a persone fisiche con età superiore ai sessantacinque anni (ora sessanta).

Il rimborso, salvo il caso che vi provvedesse direttamente e volontariamente lo stesso soggetto finanziato, era posto a carico degli eredi senza alcuna speciale limitazione di responsabilità degli stessi. Segnatamente, alla morte del beneficiario del prestito, i suoi successori potevano scegliere tra estinguere il debito per conservare il bene ovvero sopportare la vendita dell'immobile affinché il creditore potesse soddisfarsi sul ricavato. Era, inoltre, prevista la possibilità che la banca finanziatrice concedesse un nuovo mutuo agli eredi, destinando il ricavato ad estinguere il precedente finanziamento.

L'ambito di applicazione dell'istituto nella sua versione originaria risultava tuttavia limitato dalle restrizioni soggettive (i sessantacinque anni del mutuatario), dal considerevole rischio economico posto a carico degli eredi, nonché dall'inefficienza degli strumenti di soddisfazione coattiva del credito propri del nostro ordinamento<sup>166</sup>.

Per ovviare a tali inefficienze, il legislatore ha riscritto la disciplina del prestito vitalizio ipotecario, in particolare regolando puntualmente il potere del creditore di soddisfarsi direttamente sul bene oggetto di garanzia e soprattutto prevedendo la esdebitazione degli eredi del beneficiario del prestito<sup>167</sup>. Infatti, ferma la

*novità nel solco della tradizione* Nota a ord. Trib. Roma sez. IX 13 luglio 2017, in *Corr. giur.*, 2018, 8-9, p. 1116 ss.

<sup>165</sup> L'adozione a livello nazionale della figura del cd. prestito vitalizio ipotecario si colloca nel solco di quegli strumenti contrattuali a vantaggio di coloro che essendo «*house-rich, cash-poor*» necessitano di trarre valore da un patrimonio immobilizzato. Negli ordinamenti di *common law* le varie formule che prevedono l'utilizzo della proprietà immobiliare in funzione di garanzia per crediti immobiliari e mobiliari vengono definiti *equity release schemes*. Accanto alle soluzioni più tradizionali di *mortgage* esistono numerosi altri schemi negoziali, quali i *flexible loans*, i *remortgaging*, e gli *home secured loans*. Sul tema cfr., tra gli altri, P. WILLIAMS, *Please release me! A review of the equity release market in the UK, its potential and consumer expectations*, London: Council of Mortgage Lenders, 2007, March, p. 26 ss.

<sup>166</sup> R. LENZI, M. TATARANO, *Recenti riforme*, cit., p. 3 ss.

<sup>167</sup> Così T. RUMI, *La nuova disciplina*, cit., p. 937 ss.

possibilità per gli eredi di provvedere al rimborso del montante maturatosi, ovvero di procedere autonomamente (ma in accordo con l'ente finanziatore) alla vendita del bene, la peculiarità insita nel sistema della novella, risiede, come anticipato, nella legittimazione *ex lege* concessa al finanziatore di procedere direttamente e privatamente alla vendita del bene, sulla base del valore di mercato, indicato da un perito indipendente, ma di diretta nomina della banca<sup>168</sup>.

Decorsi infruttuosamente dodici mesi da uno degli eventi di scadenza o decadenza dal beneficio del termine indicati dalla legge, senza che il debito sia rimborsato, il debitore o i suoi eredi si considerano inadempienti e dunque il creditore avrà possibilità di soddisfarsi – mediante la predetta forma di autotutela esecutiva – sul ricavato della vendita<sup>169</sup>.

Secondo una autorevole dottrina, si tratta di una legittimazione a disporre di fonte legale, nell'interesse concorrente di debitore e creditore, senza che si determini alcun mutamento nella titolarità del bene; ciò sarebbe confermato dal fatto che il debitore-titolare e i suoi eredi conservano la facoltà di disporre del bene, seppur, con riguardo agli eredi, in accordo con il finanziatore<sup>170</sup>. Il creditore inoltre, pur fornito di questa specifica legittimazione a disporre, di fonte legale, resta un creditore ipotecario.

<sup>168</sup> Condivisibile è il rilievo di A. IULIANI, *Il prestito vitalizio*, cit., p. 742 secondo il quale desta qualche perplessità la scelta del legislatore di affidare la nomina dell'esperto al finanziatore, cioè a una sola delle parti, tenuto conto che sia il disegno di legge del 2007, sia la prassi formatasi sotto il vigore della previgente disciplina affidavano la nomina ad un terzo, il Presidente del Tribunale del luogo in cui è situato l'immobile. Come ampiamente illustrato, affinché il patto marciano sia valido occorre, tra le altre cose, che la stima del bene venga effettuata da un terzo, designato dalle parti di comune accordo o secondo un criterio precedentemente stabilito, cfr. *supra*, § 8.

<sup>169</sup> Ai sensi del comma 12 *quater*, art. 11 *quaterdecies*, a decorrere da tale momento e sino al perfezionamento della vendita, il finanziatore ha la possibilità di decurtare progressivamente il prezzo dell'immobile, con possibile azzeramento della speranza di eccedenza in favore del debitore o dei suoi eredi e degli altri creditori. Secondo T. RUMI, *Il prestito vitalizio*, cit., p. 135, siffatto pregiudizio, in particolare con riguardo agli altri creditori, sarebbe autorizzato dalla stessa legge al fine di «smobilizzare» la ricchezza immobiliare, favorendo l'accesso al credito a fasce di popolazione marginali.

<sup>170</sup> Cfr. R. LENZI, *Il prestito vitalizio*, cit., p. 1737.



A ben vedere, la struttura negoziale del prestito vitalizio ipotecario non coincide formalmente con quella del patto marciano, perché non prevede una vendita sospensivamente condizionata; tuttavia, il mandato a vendere *post mortem exequendum*, conferito per legge al finanziatore<sup>171</sup>, unitamente alla previsione della perizia e della restituzione dell'eccedenza, hanno uguale funzione e medesimo risultato<sup>172</sup>.

L'aspetto più dibattuto della disciplina riformata attiene alla funzione della garanzia ipotecaria e se il creditore possa, alternativamente, escutere la suddetta garanzia attraverso l'ordinario procedimento esecutivo.

Secondo una prima ricostruzione nella disciplina in esame l'ipoteca non svolgerebbe la naturale funzione di garanzia ma servirebbe esclusivamente a rendere opponibile ai terzi la legittimazione a vendere l'immobile, attribuita *ex lege* al finanziatore. Più precisamente, i sostenitori di questa tesi prospettano la ricorrenza nel caso di specie di un nuovo tipo di garanzia reale, costituita da un'ipoteca con legittimazione a disporre, ove quest'ultima facoltà sarebbe parte integrante della garanzia reale costituendone modalità di attuazione<sup>173</sup>.

Tale ricostruzione troverebbe dimostrazione nel fatto che dal testo normativo si desumerebbe che la legittimazione ad alienare persisterebbe in capo al creditore anche in caso di risoluzione del finanziamento per il compimento da parte del debitore di atti dispositivi del bene oggetto di garanzia; qualora, infatti, il titolare dovesse cedere, a qualsiasi titolo, il bene a terzi, il finanziatore potrebbe comunque

<sup>171</sup> Cfr. A. BULGARELLI, *La disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Il Caso.it*, 2015, p. 10; G. O. MANNELLA, G. C. PLATANIA, *Il prestito vitalizio*, cit., p. 179 s.; A. CHIANALE, *L'inutilità dell'ipoteca*, cit., p. 360. Si tratta di un rimedio che ricalca il modello del *power to sell* del mortgagee proprio del diritto inglese, cfr. *Law of Property Act*, 1925, sections 101-107.

<sup>172</sup> La ricorrenza del patto marciano si ha, nella sostanza, anche quando l'erede, come consentito dal comma 12 *quater* dell'art. 1, l. 2015 n. 44, intenda provvedere direttamente alla vendita dell'immobile in accordo con il finanziatore: anche in questa ipotesi il credito viene soddisfatto mediante una procedura di natura privatistica che sostituisce la ordinaria procedura esecutiva, e resta fermo il diritto dell'erede di ricevere l'eventuale eccedenza, così S. CAMPOLATTARO, *Fenomenologia del patto*, cit., p. 599.

<sup>173</sup> A. CHIANALE, *L'inutilità dell'ipoteca*, cit., p. 358 ss.; ID., *L'ipoteca*, Torino, 2017, p. 308 ss.

continuare a disporre del bene<sup>174</sup>. Inoltre, l'alienazione effettuata dal creditore, acquisendo grado dall'iscrizione dell'ipoteca, andrebbe a prevalere sull'acquisto del terzo avente causa dal titolare, trascritto prima dell'atto di alienazione compiuto dal finanziatore ma dopo l'iscrizione dell'ipoteca<sup>175</sup>.

Secondo un diverso orientamento dottrinale la disposizione in esame non contemplerebbe, per il caso di vendita del bene da parte del debitore, la persistenza in capo al creditore del potere di alienare il bene, bensì la decadenza dal beneficio del termine del debitore<sup>176</sup> o, secondo altri autori, la risoluzione del contratto di finanziamento, da cui discenderebbe il diritto all'immediata restituzione e quindi, in caso di mancato rimborso, la possibilità per il creditore di attivare i rimedi soddisfattivi<sup>177</sup>.

Nell'istituto in esame, l'ipoteca continuerebbe a svolgere la funzione sua propria, costituendo un'alternativa all'esercizio del potere di disposizione

<sup>174</sup> Cfr. A. CHIANALE, *L'inutilità dell'ipoteca*, cit., p. 360 s.; in particolare al comma 12 della nuova disposizione è previsto che il rimborso può essere richiesto al momento della morte del soggetto finanziato o anche anticipatamente «qualora vengano trasferiti, in tutto o in parte, la proprietà o altri diritti reali o di godimento sull'immobile dato in garanzia o si compiano atti che ne riducano significativamente il valore, inclusa la costituzione di diritti reali di garanzia in favore di terzi che vadano a gravare sull'immobile». Nel successivo comma 12 *quater* si prevede che il finanziatore potrà vendere l'immobile in caso di mancato rimborso del finanziamento entro dodici mesi «dal verificarsi degli eventi di cui al citato comma 12», senza distinguere tra tali eventi e quindi sia se il bene faccia ancora parte del patrimonio del soggetto finanziato ovvero del defunto, sia nel caso in cui tale bene ne sia uscito per trasferimento *inter vivos* a terzi compiuto dal titolare. Tale interpretazione risulterebbe altresì confermata da un successivo passaggio testuale, ove si dispone che le eventuali somme residue dalla vendita effettuata dal finanziatore, una volta estinto il proprio credito, sono riconosciute al soggetto finanziato o ai suoi aventi causa; il richiamo agli aventi causa renderebbe evidente che il soggetto finanziato conserva la legittimazione a disporre, con prevalenza su ogni atto dispositivo compiuto dal titolare, anche nel caso in cui il titolare abbia disposto *inter vivos* del bene ipotecato.

<sup>175</sup> Sul punto cfr. R. LENZI, *Recenti riforme*, cit., p. 7 s., secondo il quale l'opponibilità *erga omnes* della legittimazione a disporre, e quindi l'indifferenza degli atti dispositivi del titolare rispetto al creditore, sono assicurati dall'ipoteca, non essendo prevista l'autonoma trascrizione di tale potere dispositivo.

<sup>176</sup> G. O. MANNELLA, G. C. PLATANIA, *Il prestito vitalizio*, cit., p. 140 ss.

<sup>177</sup> A. IULIANI, *Il prestito vitalizio*, cit., p. 729.

riconosciuto al creditore<sup>178</sup>; detto potere, tuttavia, non essendo opponibile ai terzi sarebbe destinato ad arretrare laddove venga meno la titolarità del bene in capo al debitore<sup>179</sup>.

In estrema sintesi, secondo quest'ultima tesi, l'effettività di questa particolare forma di garanzia costituita dal potere di disporre sarebbe assicurata non mediante la sua opponibilità a terzi, bensì attraverso l'affiancamento ad essa del tradizionale istituto dell'ipoteca, che il creditore potrà attivare qualora per lui venga meno la possibilità di procedere all'alienazione del bene ipotecato.

Quest'ultima visione dell'istituto, sebbene offra una ricostruzione del ruolo dell'ipoteca meno eversiva di quella sopra enunciata, frustra la portata innovatrice della disposizione e ne riduce gli incentivi all'applicazione da parte degli istituti bancari. Più precisamente, una attenta dottrina ha condivisibilmente rilevato che la soluzione secondo la quale il creditore conserva il potere di disporre efficacemente del bene una volta che lo stesso è stato, dal debitore, alienato a terzi, ha il pregio di garantire una maggiore efficienza alla garanzia connessa e sembra per questo più rispondente alla funzione del nuovo istituto<sup>180</sup>.

L'adesione alla tesi dell'opponibilità *erga omnes* della legittimazione a disporre assicurata dall'iscrizione ipotecaria impone di svolgere una considerazione ulteriore in merito al raccordo della disciplina in esame con le ulteriori ipotesi speciali di patto marciano legislativamente introdotte con l'art. 48-*bis* e 120-*quinquiesdecies* TUB, che verranno specificamente trattate nel prosieguo della trattazione<sup>181</sup>.

<sup>178</sup> Sulla facoltà per il creditore di esercizio dell'uno o dell'altro rimedio cfr. G. PETRELLI, *Rassegna delle recenti novità normative di interesse notarile*, Primo semestre 2015, p. 63.

<sup>179</sup> Secondo R. LENZI, *Recenti riforme*, cit., p. 9, nemmeno il richiamo agli effetti del mandato *in rem propriam* giustificerebbe una diversa soluzione in quanto il problema non sarebbe il venir meno della legittimazione a disporre, che viceversa persiste, ma l'oggettiva impossibilità della sua efficace operatività per essere il bene uscito dal patrimonio del soggetto che il finanziatore rappresenta.

<sup>180</sup> *Ibidem*, rileva in particolare l'Autore come gli stessi fautori dell'orientamento più conservativo riconoscano come l'interpretazione da loro offerta non conduca al risultato più efficace per una piena operatività del meccanismo autosatisfattivo, nonché che l'opponibilità ai terzi della legittimazione ad alienare del creditore rappresenterebbe una soluzione sicuramente più efficiente.

<sup>181</sup> V. *infra*, § 13 e Cap. II.

Dal raffronto con questa disciplina si deve rilevare che, in tali ipotesi, come si avrà modo di vedere più nel dettaglio, l'opponibilità del patto marciano è assicurata non mediante l'iscrizione dell'ipoteca ma attraverso la trascrizione della cessione in garanzia alla banca creditrice. Laddove poi si è voluto attribuire all'ipoteca una funzione meramente prenotativa e attributiva del grado in sede di riparto, si è prevista, al comma 4 dell'art. 48-*bis* TUB, per il caso in cui il finanziamento sia già garantito da ipoteca, la prevalenza della trascrizione del trasferimento sospensivamente condizionato all'inadempimento rispetto alle trascrizioni e iscrizioni eseguite successivamente all'iscrizione ipotecaria.

L'art. 48-*bis* TUB prevede poi doveri di informazione in capo al creditore assistito dal patto nei confronti degli altri soggetti che vantano diritti sul bene; regole di trasparenza, quale il deposito del supero su apposito conto corrente bancario; nonché, per il caso in cui il bene sia sottoposto ad esecuzione forzata per espropriazione da parte di altri creditori, la competenza del giudice dell'esecuzione all'accertamento dell'inadempimento del debitore e la determinazione del valore di stima da parte di un esperto nominato dal giudice stesso.

Senza voler anticipare le conclusioni alle quali si perverrà in ordine ai caratteri del patto marciano di diritto comune, la disciplina contenuta all'art. 48-*bis* TUB evidenzierebbe come il legislatore limiti la piena operatività degli speciali meccanismi di autotutela ai casi in cui la relazione si esaurisce tra creditore e debitore; viceversa, quando sul bene concorrono anche interessi terzi, recupera il ruolo del giudice e non affida completamente al creditore, titolare del diritto all'autosoddisfacimento attraverso la vendita del bene del debitore, anche la tutela delle ragioni degli altri creditori o comunque di altri titolari di diritti sul bene stesso, mediante distribuzione del supero attuata al di fuori di qualsiasi controllo giudiziale<sup>182</sup>.

La tesi dell'opponibilità *erga omnes* del potere di disporre assicurato dall'ipoteca conduce alla conseguenza di pregiudicare, a causa della vendita effettuata dal finanziatore, l'esito dell'azione esecutiva sul bene oggetto di garanzia intrapresa da

<sup>182</sup> Cfr. *infra*, Cap. II, § 9.

un terzo creditore<sup>183</sup>. In questo caso al finanziatore sarebbe affidata non soltanto la restituzione del supero al prestatore della garanzia ma anche la distribuzione dell'eccedenza ottenuta in sede di vendita agli altri creditori procedenti o inseriti nell'esecuzione ovvero dotati di garanzia reale. Verrebbe così a mancare, in questa fase, la garanzia derivante dall'intervento del giudice nella fase dell'esecuzione<sup>184</sup>.

La disposizione introduce poi, come già detto, un rilevante meccanismo di esdebitazione, prevedendo che «l'importo del debito residuo non può superare il ricavato della vendita dell'immobile, al netto delle spese sostenute».

Detta previsione palesa la funzione assistenziale dell'istituto del prestito vitalizio ipotecario, che, salvo diversa volontà degli eredi, esaurisce le dinamiche del rapporto obbligatorio con esclusivo riguardo al bene oggetto del finanziamento<sup>185</sup>.

La disciplina in esame prevede infine che, nel caso in cui il creditore proceda alla vendita soddisfacente, il ricavato non portato ad estinzione del suo credito sia riconosciuto al soggetto finanziato o ai suoi aventi causa.

Si pone pertanto il problema di individuare i soggetti da annoverare nella categoria degli «aventi causa».

Pare doversi preferire – tra le possibili – l'interpretazione più ampia della disposizione; quest'ultima, nel fare riferimento agli aventi causa, non si limiterebbe a regolare il caso in cui il finanziato sia venuto meno o abbia ceduto a terzi il proprio diritto all'eccedenza, bensì intenderebbe invece imporre al finanziatore di disporre dell'eccedenza secondo i diritti che i terzi hanno acquistato sul bene in oggetto, seppur non opponibili, per quanto attiene alla circolazione del bene, al

<sup>183</sup> Che l'azione esecutiva promossa da terzi creditori sia consentita risulta poi evidente dalla previsione dell'art. 3 lett. h) del Regolamento attuativo della legge sul prestito vitalizio ipotecario, che dispone la decadenza dal beneficio del termine nel caso in cui l'immobile oggetto di garanzia sia assoggettato a «procedimenti esecutivi di importo pari o superiore al venti per cento del valore dell'immobile concesso in garanzia».

<sup>184</sup> R. LENZI, *Recenti riforme*, cit., p. 13.

<sup>185</sup> *Ivi*, p. 14 secondo il quale, in capo al finanziato, verrebbe a crearsi «una sorta di responsabilità senza debito».

terzo che ha acquistato dal creditore, nell'esercizio del proprio potere legale di disporre<sup>186</sup>.

Da questa interpretazione consegue che il creditore deve provvedere a distribuire l'eccedenza del ricavato agli aventi causa del garante, secondo un ordine di graduazione che egli sarebbe tenuto a ricostruire. Tale conseguenza non va tuttavia esente da rilievi critici<sup>187</sup>.

Le questioni sin qui illustrate costituiscono solo alcune di quelle che la novella del prestito vitalizio ipotecario ha posto agli operatori del diritto.

A ben vedere, il *legal transplant* dell'istituto palesa la difficoltà di recepire con le usuali categorie ordinanti del diritto civile istituti nati in contesti giuridici diversi dal nostro. In questo senso, l'interprete si vede costretto a superare le rigide soluzioni fornite dalla dogmatica civilistica tradizionale, riconoscendo a categorie e istituti impiegati dalle nuove norme funzioni diverse, maggiormente rispondenti alle finalità perseguite da quest'ultime.

12. (segue) c) *il pegno mobiliare non possessorio*. – Come accennato in apertura, l'introduzione dell'istituto del pegno non possessorio<sup>188</sup>, ad opera del d.l. 3 maggio

<sup>186</sup> *Ivi*, p. 20. La soluzione opposta, secondo la quale il supero competerebbe in ogni caso all'originario concedente la garanzia, farebbe sì che gli aventi causa dal finanziato, verrebbero pregiudicati da una eventuale dispersione da parte del primo dell'eccedenza ricevuta dal finanziatore. Con un tale meccanismo operativo, il finanziato vedrebbe posto al riparo da qualsiasi altro creditore il bene oggetto di garanzia, anche se di valore ampiamente eccedente il debito derivante dal prestito vitalizio.

<sup>187</sup> Secondo G. O. MANNELLA, G. C. PLATANIA, *Il prestito vitalizio*, cit., p. 64 ss., il problema della gestione del supero verso gli aventi causa, in presenza di situazioni complesse e plurali, darebbe supporto alla tesi che riconosce il ruolo tradizionale dell'ipoteca nell'istituto in esame.

<sup>188</sup> Si occupano del nuovo istituto A. NANIA, *Il pegno non possessorio: un'altra anomalia?*, in *dirittobancario.it*, approfondimenti (commento al testo del decreto legge prima della conversione); R. DI RAIMO, *Appunti sulla circolazione con scopo di garanzia nel diritto attuale*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, 2, p. 1 ss.; F. DELL'ANNA MISURALE, *La nuova garanzia mobiliare introdotta con L. n. 119 del 2016. Aspettando il registro informatizzato dei pegni non possessori*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, 3, p. 1 ss.; E. GABRIELLI, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – Una garanzia reale senza possesso*, in *Giur. it.*, 2017, 7, p. 1715 ss.; ID., *Pegno "non possessorio" e teoria delle garanzie mobiliari*, in *R. dir. comm.*, 2017, I, p. 241 ss.; S. AMBROSINI, *Il pegno non possessorio*, cit., p. 1 ss.; G. B. BARILLÀ, *Pegno non possessorio e patto*

2016, n. 59 convertito con modificazioni in l. 30 giugno 2016, n. 119, rientra tra gli interventi da ultimo posti in essere dal legislatore volti a promuovere una più celere soddisfazione delle pretese creditorie.

Iniziando dalla natura giuridica dell'istituto in parola esso viene qualificato come un sotto-tipo di pegno sia per la denominazione utilizzata sia per il rinvio residuale alla disciplina codicistica del pegno (art. 1, comma 10-*bis*)<sup>189</sup>.

Nondimeno, si tratta di un sottotipo di pegno assai particolare, che presenta i caratteri morfologici propri di altre forme di prelazione. In alcuni casi esso si atteggia quasi come una forma di privilegio mobiliare convenzionale in quanto, come si avrà modo di vedere, il meccanismo di rotatività di regola esclude il diritto di sequela. Palese in questo senso è la similitudine con la prelazione prevista dall'art. 46 TUB per i finanziamenti a medio e lungo termine da parte di banche alle imprese, quale forma di privilegio mobiliare speciale rotativa e dunque senza diritto di seguito<sup>190</sup>.

Il pegno non possessorio presenta poi analogie con le ipoteche mobiliari. La sostituzione del requisito dello spossessamento con l'iscrizione nel registro

*marciano: dalla tutela statica del credito alle nuove forme di garanzia*, in *Giur. comm.*, 2017, I, p. 583 ss.; L. CAPUTO-M. CAPUTO, *I pegni. Dal modello tradizionale al nuovo pegno mobiliare non possessorio*, Milano, 2017; F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, I, p. 265 ss.; N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2017, 5, p. 995 ss.; D. RUSSO, *Oltre il patto marciano*, Napoli, 2017, p. 43 ss.; G. B. BARILLÀ, *Pegno non possessorio e patto marciano: dalla tutela statica del credito alle nuove forme di garanzia*, in *Giur. comm.*, 2017, I, p. 583 ss.; ID., *Alcune osservazioni a margine del recepimento legislativo del pegno non possessorio*, in *Corr. giur.*, 2017, I, p. 7 ss.; R. CATALANO, *Il pegno mobiliare non possessorio ex lege n. 119/2016*, Napoli, 2018; M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. «Pegno» ma non troppo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 3, p. 703 ss.; R. MARINO, *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all'autotutela satisfattiva del creditore: profili evolutivi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, I, p. 762 ss.; C. AVOLIO, *Il pegno non possessorio nel fallimento*, in *Giur. comm.*, 2019, I, p. 267 ss.; CHIANALE, *Il pegno non possessorio su beni determinati*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 4, p. 951 ss.

<sup>189</sup> Cfr. ASSONIME, *Misure per l'efficienza e l'accelerazione delle procedure di recupero del credito*, circolare n. 26 del 5 dicembre 2016, p. 19; E. GABRIELLI, *Pegno "non possessorio"*, cit., p. 255 ss.; R. CATALANO, *Il pegno mobiliare*, cit., p. 85 ss.

<sup>190</sup> Cfr. M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio*, cit., p. 704.

consente, infatti, la costituzione di più pegni non possessori sullo stesso bene o complesso di beni<sup>191</sup>.

Il pegno non possessorio, nel suo schema generale, si caratterizza per due principali profili: quello soggettivo e quello oggettivo.

Quanto al primo profilo, parte del contratto può essere solo un imprenditore «iscritto nel registro delle imprese». Tale qualifica deve essere rivestita sia dal soggetto che costituisce il vincolo a garanzia dei crediti a lui concessi, sia dal terzo che sottopone i propri beni al vincolo pignoratizio a beneficio di un terzo, il quale però non necessariamente deve essere un imprenditore, facendo la norma genericamente riferimento alla garanzia per i crediti inerenti all'esercizio dell'impresa<sup>192</sup>.

Quanto all'oggetto della garanzia, la disciplina del pegno non possessorio sancisce che il vincolo può essere costituito su beni mobili, anche immateriali, destinati all'esercizio dell'impresa e sui crediti derivanti da – o inerenti a – tale esercizio, ad esclusione dei beni mobili registrati.

I beni mobili conferibili in garanzia possono essere esistenti o futuri, determinati o determinabili anche mediante riferimento a una o più categorie merceologiche o a un valore complessivo. Il credito, invece, deve essere «inerente all'esercizio dell'impresa».

Venendo ora alle modalità di costituzione della garanzia, elemento necessario e caratterizzante della fattispecie è la sua creazione senza spossessamento.

Ai sensi dei commi 3 e 4 dell'art. 1 del citato decreto-legge, il contratto costitutivo del pegno deve risultare a pena di nullità da atto scritto contenente l'indicazione del creditore, del debitore e dell'eventuale terzo concedente il pegno, nonché la descrizione del bene dato in garanzia, del credito garantito nonché l'indicazione dell'importo massimo garantito.

L'effetto della garanzia verso i terzi, e quindi l'opponibilità del vincolo, si produce invece esclusivamente a seguito dell'iscrizione in un registro

<sup>191</sup> Ed invero il comma 4 dell'art. 1, stabilisce che «dal momento dell'iscrizione il pegno prende grado ed è opponibile ai terzi». Sul punto cfr. A. CHIANALE, *L'ipoteca*, Torino, 2017, p. 155 ss.

<sup>192</sup> E. GABRIELLI, *Nuovi modelli*, cit., p. 1716.



informatizzato costituito presso l'Agenzia delle entrate e denominato «registro dei pegni non possessorio»<sup>193</sup>.

Occorre tuttavia segnalare che tale registro informatizzato non è ancora stato istituito: ad oggi il pegno non possessorio può essere stipulato producendo i propri effetti soltanto tra le parti<sup>194</sup>.

L'iscrizione nel registro deve indicare il creditore, il debitore e, nel caso di costituzione ad opera del terzo, anche quest'ultimo, nonché la descrizione del bene dato in garanzia e del credito garantito, e nel caso in cui il vincolo garantisca il finanziamento per l'acquisto di un bene determinato l'iscrizione deve indicare anche la specifica individuazione del medesimo.

L'iscrizione dura dieci anni e può essere rinnovata tramite una nuova iscrizione nel registro, la quale però deve essere effettuata prima della scadenza del decimo anno.

La cancellazione dell'iscrizione può poi essere richiesta di comune accordo da creditore pignoratizio e datore del pegno ovvero domandata giudizialmente.

<sup>193</sup> *Ibidem*, M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio*, cit., p. 706. Quanto alle regole specifiche per la gestione del registro dei pegni non possessorio, il comma 6 dell'art. 1, d.l. 59/2016 prevede che «[...] Le operazioni di iscrizione, consultazione, modifica, rinnovo o cancellazione presso il registro, gli obblighi a carico di chi effettua tali operazioni nonché le modalità di accesso al registro stesso sono regolati con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro della giustizia, da adottarsi entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, prevedendo modalità esclusivamente informatiche».

<sup>194</sup> In assenza del registro il creditore non potrebbe infatti vantare alcuna prelazione esercitabile nel concorso con altri creditori, né alcuna garanzia esercitabile nei confronti delle procedure esecutive sul bene promosse da altri creditori ovvero delle procedure fallimentari relative al datore della garanzia, né infine riceve tutela nei confronti dei terzi acquirenti dei beni vincolati; costui non potrebbe neppure richiedere l'intervento dell'ufficiale giudiziario per l'apprensione dei beni, dovendogli presentare una copia della nota di iscrizione (co. 7-ter). Parimenti il pegno non sarebbe opponibile ai soggetti indicati dall'art. 2742 c.c. per ottenere la surrogazione dell'indennità al bene perito o deteriorato. Al contrario, deve ritenersi che le disposizioni che operano indipendentemente dall'iscrizione del pegno nel registro (ad esempio, il carattere rotativo della garanzia, i poteri delle parti e soprattutto le modalità di escussione in autotutela, fatti salvi i correttivi delle pattuizioni marciarie) possano trovare applicazione. Sul punto v. A. CHIANALE, *Il pegno non possessorio*, cit., p. 954 e n. 5.

Tra le novità principali che caratterizzano la nuova normativa vi è sicuramente quella concernente la separazione tra l'attuazione del vincolo sul bene che, come visto, si realizza mediante l'iscrizione nel registro, e la gestione ad opera del costituente delle vicende materiali e giuridiche del bene oggetto della garanzia<sup>195</sup>.

Il debitore e il terzo concedente il pegno, ove non sia diversamente disposto nel contratto, sono infatti entrambi autorizzati a trasformare o alienare, nel rispetto della loro destinazione economica, o comunque a disporre dei beni gravati da pegno. In tali casi, il vincolo di garanzia si trasferisce al prodotto risultante dalla trasformazione, ovvero al corrispettivo della cessione del bene gravato, ovvero al bene sostitutivo acquistato con tale corrispettivo, senza che tale trasferimento comporti la costituzione di una nuova garanzia<sup>196</sup>.

Per questo particolare aspetto, risulta così contemplata nella struttura del pegno non possessorio la fattispecie del c.d. «pegno rotativo»<sup>197</sup>.

Il carattere di rotatività opera poi «ove non sia diversamente disposto nel contratto»: è pertanto possibile trasformare, con un'apposita clausola, il pegno da «flottante» a «fisso»<sup>198</sup>.

Venendo ora alle modalità di escussione della garanzia, la nuova legge riconosce al creditore, al verificarsi di un evento che determina l'escussione del pegno, previa

<sup>195</sup> E. GABRIELLI, *Nuovi modelli*, cit., p. 1717.

<sup>196</sup> Nel senso che l'effetto legale dell'esercizio alternativo di uno dei suddetti poteri operi mediante un meccanismo di sostanziale surrogazione del prezzo alla cosa, secondo lo schema di cui all'art. 2742 c.c. *ibidem*.

<sup>197</sup> Il riconoscimento del pegno rotativo non rappresenta una novità assoluta nel nostro ordinamento. Già negli anni Novanta alcuni studi sulla materia hanno chiarito la compatibilità con il principio di specialità della modificazione dell'oggetto della garanzia, quando dette variazioni dell'oggetto non comportino pregiudizio per i creditori chirografari, nel senso che non riducano la parte di patrimonio del debitore o del terzo datore di garanzia destinata alla loro soddisfazione. In tema cfr. E. GABRIELLI, *Il pegno «anomalo»*, Padova, 1990, p. 187 ss.; ID., *Sulle garanzie rotative*, Napoli, 1998, p. 119 ss.; P. PISCITELLO, *Le garanzie bancarie flottanti*, Torino, 1999, p. 95 ss. Anche la giurisprudenza ha finito per ammettere la validità della clausola di rotatività, a condizione che la sostituzione avvenga entro i limiti di valore dei beni originariamente consegnati, cfr. Cass. 28 maggio 1998, n. 5264, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1998, II, p. 485; Cass. 1° febbraio 2008, n. 2456, in *Fallimento*, 2008, p. 757, con nota di M. COSTANZA; Cass. 5 marzo 2004, n. 4520, in *Fallimento*, 2005, p. 547, con nota di F. COMMISSO; Cass. 1° luglio 2015, n. 13508, in *Fallimento*, 2016, p. 488.

<sup>198</sup> M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio*, cit. p. 714.

intimazione notificata, anche direttamente dal creditore a mezzo di posta elettronica certificata, al debitore e all'eventuale terzo concedente il pegno, e previo avviso scritto agli eventuali titolari di un pegno non possessorio trascritto nonché al debitore del credito oggetto del pegno, tutta una serie di facoltà mediante le quali poter procedere alla realizzazione del proprio credito.

Dette facoltà si articolano nella vendita dei beni oggetto del pegno; nella escussione o cessione dei crediti oggetto di pegno fino a concorrenza della somma garantita; nella locazione del bene oggetto del pegno; nonché nell'appropriazione dei beni oggetto del pegno fino a concorrenza della somma garantita.

Per quello che è di nostro interesse, occorre rilevare come la tutela di natura sostanziale del debitore o del terzo costituente la garanzia predisposta dal legislatore si serva dello schema del patto marciano, laddove (cfr. comma 7, lett. a) si prevede che, a seguito della vendita dei beni oggetto del pegno, l'eventuale eccedenza realizzata, rispetto all'ammontare del credito garantito, sia contestualmente restituita al datore della garanzia; ovvero che occorra la preventiva fissazione dei criteri e delle modalità di determinazione sia del corrispettivo della locazione del bene oggetto del pegno (comma 7, lett. c), sia, nel caso di appropriazione dello stesso, dei criteri e delle modalità di valutazione del valore del bene oggetto del vincolo e dell'obbligazione garantita (comma 7, lett. d)<sup>199</sup>.

Le diverse forme di autotutela esecutiva richiamate sono poi accompagnate da ulteriori regole di dettaglio che ne disciplinano il procedimento e la sua concreta realizzazione, ivi compresi i rimedi e le opposizioni che il debitore, oppure il terzo esecutato, possono proporre. Segnatamente, al debitore (o terzo concedente pegno) sono riconosciuti i seguenti diritti: il diritto ad essere previamente informato, mediante intimazione notificata o PEC, della imminente escussione del pegno; il diritto di presentare opposizione entro cinque giorni dall'intimazione, da proporre nella forma del procedimento sommario di cognizione (artt. 702 *bis* ss.

<sup>199</sup> Riconducono la fattispecie in esame al patto marciano S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.: il «pasticcio» di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, *I nuovi marcioniani*, cit., p. 100 ss.; N. CIPRIANI, *Appunti sul patto*, cit., p. 995 ss.; A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1398 ss.; E. GABRIELLI, *Nuovi modelli*, cit., p. 1718, M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio*, cit., p. 729.

c.p.c.); il diritto ad essere informato immediatamente per iscritto delle modalità di avvenuta escussione del pegno; nonché il diritto di agire in giudizio per il risarcimento del danno quando l'escussione è avvenuta in violazione dei criteri e delle modalità fissate dalla legge o dal contratto (art. 1, comma 7, lett. a, b, c, d) e il prezzo di vendita, di cessione, di locazione o di appropriazione non corrispondono a valori correnti di mercato.

L'azione è sottoposta ad un brevissimo termine di tre mesi dalla comunicazione da parte del creditore al debitore sulle modalità dell'avvenuta escussione del pegno.

La disposizione, per il suo tenore letterale e per l'eccezionale compressione del diritto di azione dell'esecutato, non è applicabile invece quando il debitore (o il terzo datore di pegno) contesti in radice l'esistenza del diritto del creditore di procedere all'esecuzione (comma 7). Come condivisibilmente osservato, in quest'ultimo caso troveranno applicazione le regole generali in tema di inadempimento contrattuale e, ove ne ricorrano le condizioni, della ripetizione dell'indebito<sup>200</sup>.

In merito ad eventuali conflitti fra esecuzione del pegno e le altre procedure esecutive individuali e concorsuali, viene sancita la prevalenza del diritto di escussione del creditore pignoratizio non possessorio sulla procedura di esecuzione forzata e sulle procedure concorsuali eventualmente in atto, purché la garanzia sia iscritta anteriormente. Più precisamente, il comma 7-*quater* riconosce il diritto del creditore pignoratizio di presentare al giudice dell'esecuzione istanza di autorizzazione ad escutere il pegno già sottoposto ad esecuzione forzata per espropriazione. In questo caso il giudice stabilisce con proprio decreto il tempo e le modalità dell'escussione<sup>201</sup>.

Il creditore pignoratizio deve infine corrispondere in favore della procedura esecutiva l'eventuale eccedenza rispetto al soddisfacimento del proprio credito e dei crediti con prelazione anteriore rispetto al proprio.

<sup>200</sup> S. AMBROSINI, *Il pegno non possessorio*, cit., p. 17; I. BAGHI, *L'esordio del pegno mobiliare non possessorio: riflessioni sui profili processuali*, in *Corr. giur.*, 2017, 11, p. 1389.

<sup>201</sup> Sul tema cfr. M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio*, cit., p. 729.

Negli auspici della dottrina che si era impegnata nello studio del tema<sup>202</sup> l'introduzione di figure di garanzia senza spossessamento era legata all'idea che il contratto costitutivo del vincolo potesse superare sia il requisito dello spossessamento materiale del bene in capo al costituente sia il dato materiale del suo oggetto originario e quindi il principio della sua necessaria immutabilità nel tempo, al fine di rendere il nostro sistema delle garanzie reali, e di quelle mobiliari in particolare, più efficiente e più aderente alle necessità di un'economia sempre più globalizzata.

In mancanza del decreto di attuazione cui è demandata la creazione dell'apposito registro informatizzato è troppo presto per poter valutare se una garanzia così connotata risulti più efficiente e virtuosa, sul piano della soddisfazione dell'interesse del creditore garantito, nonché più coerente con le attuali linee di sviluppo del diritto comune europeo delle garanzie mobiliari e finanziarie.

Non può tuttavia non segnalarsi come, nei primi commenti alla nuova normativa, la dottrina abbia rilevato la scarsissima qualità redazionale del legislatore definendo le disposizioni di riferimento sciatte, incomprensibili, approssimative, elaborate in modo maldestro e goffo<sup>203</sup>; osservando, in altre occasioni, che sovente il testo normativo sia «troppo carico di imprecisioni per attribuire valore intenzionale» alla lettera della norma<sup>204</sup>.

Una volta implementato il registro informatizzato, l'interprete sarà dunque chiamato ad un difficile lavoro di chiarimento della normativa.

<sup>202</sup> Cfr. E. GABRIELLI, *Il pegno "anomalo"*, cit., p. 94 ss.; ID., *Sulle garanzie rotative*, cit., p. 27 ss.; ID., *Il pegno*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 2005, p. 23 e ss.; ID., *Del pegno*, in *Comm. del codice civile*, dir. da E. Gabrielli, *Della tutela dei diritti*, a cura di G. Bonilini e A. Chizzini, Torino, 2015, vol. 2, p. 3 ss.; ALB. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari. Modelli e problemi nella prospettiva europea*, Milano, 2001, p. 304 ss.; A. VENEZIANO, *Le garanzie mobiliari non possessorie. Profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, Milano, 2000; F. FIORENTINI, *Il pegno*, in *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro e U. Morello, V, Milano, 2014, p. 61 ss.

<sup>203</sup> E. GABRIELLI, *Nuovi modelli*, cit., p. 1715.

<sup>204</sup> M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio*, cit., p. 710.

13. (segue) d) il patto marciano nel credito immobiliare ai consumatori. – Un'altra figura di patto marciano è contenuta all'art. 120-*quinquiesdecies* TUB<sup>205</sup>.

Come accennato in apertura, la suddetta disposizione è stata introdotta dal d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72, con cui si è data attuazione alla Direttiva europea 2014/17/UE del 4 febbraio 2014, la quale ha definito un quadro comune in ordine ad alcuni aspetti concernenti le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative ai contratti di credito concessi ai consumatori per l'acquisto o la ristrutturazione di immobili residenziali garantiti da ipoteca o altrimenti (art. 1)<sup>206</sup>.

La normativa in esame presenta quindi un ambito applicativo rigorosamente circoscritto sia sotto il profilo soggettivo (deve trattarsi di contratti stipulati tra un «finanziatore» ex art. 120-*quinquies*, comma 1, lettera e, TUB, ed un «consumatore»

<sup>205</sup> Si occupano dell'istituto A. BULGARELLI, *La fase patologica dei contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali, trasferimento dell'immobile ed esdebitazione. Note a margine del D. lgs. 72/2016 di attuazione della Direttiva 17/2014/EU*, 2016, in *www.diritto bancario.it*, p. 1 ss.; R. FERRETTI e A. SANTORO, *Prime osservazioni sul decreto legislativo di recepimento della direttiva mutui*, in *www.diritto bancario.it*, maggio 2016; F. CIVALE, *La nuova disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, in *www.diritto bancario.it*, novembre 2016; T. RUMI, *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, in *Contr.*, 2015, 1, p. 70 ss.; G. ROSSI, *Il nuovo d.lgs. 21 aprile 2016 n. 72: davvero aria di cambiamenti in materia di mutui bancari?*, in *Contr. impr.*, 2016, 6, p. 1493 ss.; F. PIRAINO, *Il patto marciano alla luce della disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, in *Giur. it.*, 2017, 7, p. 1746 ss.; ID., *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano*, in G. D'Amico, S. Pagliantini, F. Piraino, T. Rumi, *I nuovi marciani*, cit., p. 149 ss.; L. FOLLIERI, *Il patto marciano*, cit., p. 1857 ss.; M. ASTONE, *Inadempimento del consumatore e autotutela del finanziatore tra (divieto del) patto commissorio e patto marciano*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 3, p. 735 ss.; G. B. BARILLÀ, *Pegno non possessorio e patto marciano: dalla tutela statica del credito alle nuove forme di garanzia*, in *Giur. comm.*, 2017, 4, pt. 1, p. 583 ss.; S. CAMPOLATTARO, *Fenomenologia del patto*, cit., p. 591 ss.; A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1398 ss.; ID., *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1, p. 10 ss.; F. ROSARIO, *Alienazione in funzione di garanzia e patto marciano: recenti conquiste e incerti automatismi. Una riflessione senza (troppi) entusiasmi*, in *Riv. dir. priv.*, 2018, 2, p. 265 ss.; D. RUSSO, *Nuovi meccanismi*, cit., p. 159 ss.

<sup>206</sup> In argomento v. *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, a cura di P. Sirena, Milano, 2016; P. DE GIOIA CARABELLESE e C. CHESSA, *La direttiva 2014/17/UE in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 4, p. 1422 ss.; E. PELLECCIA, *La direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *Banca borsa e tit. di cred.*, 2016, 1, p. 206 ss.

*ex art. 120-quinquies*, comma 1, lettera b, TUB), sia sotto il profilo oggettivo (deve trattarsi di un «contratto di credito» *ex art. 120-quinquies*, comma 1, lettera c, TUB).

A tal proposito, si è sostenuto che la speciale qualifica dei contraenti porrebbe l'esigenza di garantire il superamento dell'asimmetria informativa tra consumatore e professionista. In tale prospettiva si collocherebbero sia la regola secondo la quale, a garanzia dell'equità contrattuale, economica e giuridica, l'inserimento della clausola pattizia non può rappresentare una condizione per la conclusione del contratto; sia il rinvio all'art. 40, comma 2, TUB, secondo il quale la previsione della clausola non impedisce l'esercizio del diritto del finanziatore di chiedere la risoluzione del contratto<sup>207</sup>.

Venendo ora al contenuto dell'art. 120-*quinquiesdecies* TUB, questo consente alle parti del contratto di convenire mediante apposita clausola che «in caso di inadempimento del consumatore la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del medesimo bene» comporti «l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore», e ciò «anche se il valore del bene immobile restituito o trasferito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita» fossero inferiori, appunto, «al debito residuo».

Da una lettura sistematica delle regole contenute nel terzo e quarto comma del succitato articolo, risulta che presupposti della clausola pattizia sono l'assenza di qualunque correlazione con la conclusione del contratto<sup>208</sup>, l'obbligo di garantire al consumatore una consulenza gratuita per la valutazione dell'immobile, nonché l'obbligo di affidare la determinazione del valore dell'immobile offerto in garanzia a un perito indipendente, che operi secondo i criteri e gli standard previsti dall'art. 120-*duodecies* TUB.

Il quinto comma dell'art. 120-*quinquiesdecies* TUB rimette a un decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, adottato di concerto con il Ministro della giustizia e sentita la Banca d'Italia, la predisposizione delle norme di dettaglio: non

<sup>207</sup> Cfr. sul punto M. ASTONE, *Inadempimento del consumatore*, cit. p. 756.

<sup>208</sup> G. ROSSI, *Il nuovo d.lgs.*, cit., p. 1511 s.

essendo ancora stato emanato il suddetto decreto anche l'istituto in esame è allo stato privo della disciplina di attuazione<sup>209</sup>.

Quanto ai presupposti che devono necessariamente ricorrere affinché la banca possa far valere il meccanismo di autotutela in parola, il comma 4, lett. c, offre una tipizzazione dell'inadempimento a tal fine rilevante, consistente nel «mancato pagamento di un ammontare equivalente a diciotto rate mensili», precisando, peraltro, che «non costituiscono inadempimento i ritardati pagamenti che consentono la risoluzione del contratto ai sensi dell'articolo 40, comma 2» TUB. Dal combinato disposto della norma in commento con quella da ultimo citata si deduce che, in ipotesi di mutuo fondiario, l'eventuale ritardato pagamento, ossia eseguito tra il trentesimo e il centottantesimo giorno dalla scadenza della rata, verificatosi almeno sette volte, anche non consecutive, abiliterà la banca a risolvere il contratto per inadempimento, ma non le consentirà di fare ricorso alla nuova forma di tutela, per avvalersi della quale avrà invece bisogno di un inadempimento protratto per almeno diciotto mesi, anche senza che sia preceduto da altri inadempimenti<sup>210</sup>.

Una volta verificatosi l'inadempimento del consumatore, il creditore non può poi immediatamente ricorrere all'ordinaria procedura esecutiva; ma, in attuazione dell'art. 28 della direttiva, l'art. 120-*quinquiesdecies* del TUB, impone in via preliminare a quest'ultimo di adottare delle procedure per gestire i rapporti con il consumatore moroso<sup>211</sup>.

Sebbene il legislatore italiano, in sede di attuazione, non sia andato oltre le previsioni normative contenute nella direttiva, si ritiene che il finanziatore, nel quadro «dei bisogni ragionevoli del consumatore» e tenendo conto «delle

<sup>209</sup> Vi è comunque almeno uno schema di decreto il quale è stato sottoposto a consultazione pubblica con scadenza il 5 febbraio 2018. Dalla lettura della Bozza di decreto si evince tuttavia come la nuova legge riproponga alcuni problemi già sorti per il prestito vitalizio ipotecario quale, ad esempio, il problema dell'opponibilità a terzi del mandato a vendere.

<sup>210</sup> Così A. BULGARELLI, *La fase patologica*, cit., p. 2.

<sup>211</sup> Cfr. la tesi di G. ROSSI, *Il nuovo d.lgs.*, cit., p. 1498, per la quale «la direttiva avrebbe determinato l'introduzione di una soglia minima di "tolleranza" sotto la quale si impone un divieto di intentare qualsivoglia procedura di escussione della garanzia». Sul punto v. anche E. PELLECCIA, *La direttiva*, cit., p. 206 s.



circostanze concrete», preliminarmente, possa concedere una dilazione di pagamento, o un abbattimento degli interessi passivi; oppure ancora avviare una transazione con il consumatore per procedere ad una rinegoziazione del credito, con conseguente rideterminazione delle modalità di pagamento<sup>212</sup>.

Là dove poi tutte le soluzioni siano state praticate senza risultato, il finanziatore non incontra più limiti nell'attivare il patto di cui all'art. 120 *quinqüesdecies*. Peraltro, una volta verificatosi il suddetto inadempimento qualificato non pare che il meccanismo di autotutela in parola debba rappresentare necessariamente una conseguenza automatica ed inevitabile dello stesso<sup>213</sup>. Al contrario, pare spettare al finanziatore valutare se avvalersi o meno del suddetto rimedio, in base ad un meccanismo riconducibile a quello della clausola risolutiva espressa (apposta al contratto di mutuo)<sup>214</sup>.

Ai sensi della disciplina in esame, conseguenza dell'inadempimento potrebbe essere, a seconda di quanto sarà stato contrattualmente stabilito, alternativamente: a) che l'immobile dato in garanzia sia oggetto di «restituzione» al soggetto finanziatore<sup>215</sup>; b) che l'immobile oggetto di garanzia venga trasferito al soggetto

<sup>212</sup> V. M. ASTONE, *Inadempimento del consumatore*, cit. p. 759.

<sup>213</sup> Cfr. M. TATARANO, *Recenti riforme*, cit., p. 25.

<sup>214</sup> Così A. BULGARELLI, *La fase patologica*, cit., p. 1 s. che parla di «clausola risolutiva espressa» implicitamente contenuta nel contratto di finanziamento cui acceda la clausola *ex* art. 120 *quinqüesdecies*, comma 3, TUB. Secondo M. TATARANO, *Recenti riforme*, cit., p. 26, per poter prescindere dal meccanismo risolutorio, dovrebbe sostenersi che, contestualmente al contratto di finanziamento, le parti stipulino, subordinatamente alla condizione sospensiva avente ad oggetto l'inadempimento qualificato, a seconda dei casi, un mandato ad alienare *in rem propriam*, oppure un contratto con funzione solutoria analogo alla *datio in solutum*. La soluzione sarebbe confermata dall'art. 6, comma 1, della «Bozza di Decreto attuativo dell'art. 120 *quinqüesdecies*, commi 3 e 4, TUB» ai sensi del quale «Se, al verificarsi dell'inadempimento di cui all'art. 120-*quinqüesdecies*, comma 4, lett. c), TUB, il finanziatore intende avvalersi degli effetti della Clausola, notifica al consumatore una dichiarazione con la quale manifesta espressamente la volontà di avvalersi di tale facoltà. La dichiarazione contiene anche l'indicazione delle rate non pagate, del loro importo e della circostanza che la somma complessiva non pagata è di ammontare equivalente a 18 rate mensili secondo quanto previsto dall'articolo 5».

<sup>215</sup> Secondo M. TATARANO, *Recenti riforme*, cit., p. 26, questa fattispecie sembrerebbe presupporre la pregressa titolarità da parte del finanziatore del diritto di proprietà sull'immobile poi ceduto al

finanziatore (il quale potrà poi, nell'esercizio del suo diritto di proprietà, pure decidere di venderlo a terzi); c) che l'immobile dato in garanzia sia oggetto di vendita a terzi da parte del soggetto finanziatore<sup>216</sup>.

consumatore il quale, per poter acquistare il bene, avrebbe contratto con la stessa banca proprietaria il finanziamento garantito. Una fattispecie di questo tipo potrebbe in concreto configurarsi all'esito di un rapporto derivante da contratto di *leasing* abitativo di cui all'art. 1, commi 76 ss., l. 28 dicembre 2015 n. 208 (ove peraltro all'art. 1, comma 78, è già prevista un'ulteriore ipotesi di patto marciano, ove però il bene è di proprietà del creditore e non dell'utilizzatore); sul punto v. però le riflessioni di A. LUPOI, *Le direttive non vanno prese alla lettera (breve nota alla Direttiva 17/2014)*, 2016, in *dirittobancario.it*, secondo il quale «il Decreto ha letteralmente riportato, senza ulteriormente specificare, alcune parole chiave dell'art. 28 della Direttiva (come «restituzione» del bene immobile, che non so quale applicazione possa avere nel nostro ordinamento) senza approfittare dello spazio necessariamente lasciato dal legislatore europeo»; S. PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della dir. 2014/17/UE*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 1, p. 195, che intravede delle ambiguità nella traduzione italiana. Occorre peraltro rilevare che la versione italiana della Direttiva perlomeno elimina l'incongruenza presente nei testi inglese, francese e tedesco, dove restituzione, trasferimento o vendita sono riferiti direttamente alla garanzia reale, anziché all'immobile dato in garanzia (*return or transfer to the creditor of the security or proceeds from the sale of the security; la restitution ou le transfert de la garantie ou du produit de la vente de cette garantie; die Rückgabe oder Übertragung der Sicherheit oder des Erlöses aus der Verwertung der Sicherheit*).

<sup>216</sup> Ai sensi dell'art. 12, comma 2, della «Bozza di Decreto attuativo dell'art. 120 *quinquiesdecies*, commi 3 e 4, TUB» le possibili modalità di vendita del bene, disciplinate dal contratto di credito, «possono includere: a) il conferimento di un mandato irrevocabile al finanziatore; b) la possibilità per il consumatore di curare la vendita o, comunque, di reperire un acquirente entro un termine pattuito, in luogo del finanziatore; c) il conferimento di un mandato irrevocabile a un notaio, anche non diverso da quello che roga il contratto di credito, a un avvocato o a un dottore commercialista che abbiano partecipato a specifiche attività formative in tema di procedure esecutive ordinarie o concorsuali, ovvero alla Rete Aste Notarili del Consiglio Nazionale del Notariato; il mandatario procede alla vendita tramite procedure competitive anche avvalendosi di soggetti specializzati, assicurando, con adeguate forme di pubblicità, l'informazione e la partecipazione degli interessati. Il contratto di credito prevede le modalità di sostituzione del professionista incaricato per l'ipotesi in cui lo stesso non possa o non voglia eseguire l'incarico ovvero non possa proseguirlo, anche demandandone l'individuazione al Presidente dell'Ordine o Collegio Professionale competente per territorio».

*Prima facie*, la disciplina contenuta all'art. 120 *quinquiesdecies* parrebbe profilare un diverso funzionamento della tutela marciaria a seconda che per l'inadempimento del consumatore sia previsto l'acquisto (o la restituzione) della proprietà del bene da parte della banca, figura questa riconducibile al meccanismo marciano in senso stretto, in quanto il valore dell'immobile sarebbe determinato mediante stima successiva alla scadenza del debito all'uopo redatta da un perito indipendente scelto dalle parti di comune accordo ovvero, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo, nominato dal Presidente del Tribunale territorialmente competente con le modalità di cui all'art. 696, comma 3, c.p.c.; o che sia, invece, contemplata la facoltà della banca di procedere alla vendita dell'immobile a terzi, nel qual caso la tutela della posizione del mutuatario (e dei suoi eventuali ulteriori creditori) potrebbe in teoria ritenersi rimessa alla capacità della banca di vendere il bene al miglior prezzo. Dalla lettera della legge si potrebbe ipoteticamente desumere che, contrariamente a quanto avviene nel patto marciano in senso stretto, in quest'ultimo caso, non vi sarebbe una stima successiva all'inadempimento che determini il valore del bene, ma soltanto una tendenziale convergenza di interessi della banca, del consumatore e di ulteriori creditori di quest'ultimo, affinché mediante la vendita venga realizzato il miglior prezzo.

Si è tuttavia condivisibilmente osservato che tale convergenza di interessi non sembrerebbe rappresentare una sufficiente garanzia per il consumatore e suoi ulteriori creditori, in quanto l'interesse della banca si arresterebbe al conseguimento di un prezzo almeno pari al debito residuo, mentre quello del consumatore e di suoi eventuali altri creditori riguarderebbe il conseguimento dell'eventuale eccedenza del prezzo rispetto al debito residuo<sup>217</sup>.

Secondo questa preferibile interpretazione, anche in questo ultimo caso deve essere predisposta una stima successiva all'inadempimento per determinare il prezzo al quale eseguire la vendita a terzi, come peraltro suggerito dallo stesso tenore letterale dell'art. 120-*quinquiesdecies*, comma 4, lettera d), TUB, che, come

<sup>217</sup> Cfr. M. TATARANO, *Recenti riforme*, cit., p. 28 s. In senso analogo F. PIRAINO, *Il patto marciano*, cit., p. 1750.

anticipato, impone la stima da parte di un perito indipendente «agli effetti del comma 3»<sup>218</sup>.

A quanto sin qui descritto, il patto marciano del credito immobiliare ai consumatori aggiunge un terzo relevantissimo elemento rappresentato dall'estinzione del debito anche laddove il valore stimato dell'immobile o, a seconda dei casi, i proventi tratti dalla sua vendita a terzi, risultino di importo inferiore al debito residuo: si tratta della c.d. esdebitazione, già vista con riguardo al prestito vitalizio ipotecario<sup>219</sup>. L'esdebitazione non è, invece, destinata ad operare «nei casi, diversi da quelli di cui al comma 3, in cui il finanziatore fa ricorso all'espropriazione immobiliare» (comma 6)<sup>220</sup>. Il che significa che in tale ultimo caso, qualora, a seguito dell'escussione della garanzia, dovesse residuare un debito a carico del consumatore, quest'ultimo resterà obbligato al relativo pagamento (decorsi 6 mesi dall'apertura della procedura).

Quest'ultima previsione ha portato una parte della dottrina a definire la figura di cui all'art. 120-*quinqüesdecies* un «trasferimento solutorio [...] costituente un *surrogato satisfattivo atipico* dell'adempimento»<sup>221</sup>.

L'inquadramento della fattispecie è controverso, dividendosi gli interpreti tra coloro che sostengono la trasformazione dell'obbligazione pecuniaria originaria,

<sup>218</sup> La correttezza della conclusione sarebbe confermata dal tenore del primo comma dell'art. 12 della «Bozza di Decreto attuativo dell'art. 120 *quinqüesdecies*, commi 3 e 4, TUB» ai sensi del quale «se la Clausola prevede la vendita del bene immobile oggetto di garanzia reale ai sensi dell'articolo 120-*quinqüesdecies*, comma 3, TUB, la determinazione del valore dell'immobile è effettuata ai sensi dell'articolo 8».

<sup>219</sup> Cfr. *supra*, § 11.

<sup>220</sup> Secondo E. BRODI, *Il sistema delle garanzie*, cit., p. 15 ed *ivi* nota 36 si tratterebbe «di un modello ibrido: che a scelta delle parti può trasformarsi in “*recourse*”, e quindi consentire alla banca di avviare il procedimento esecutivo ordinario pretendendo l'eventuale pagamento del residuo o “*non-recourse*”, che, a fronte della speciale autotutela concessa alla banca, consente al cliente di estinguere il debito trasferendo la proprietà del *collateral*, e cioè del bene oggetto di garanzia».

<sup>221</sup> Così, testualmente, S. PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio*, cit., p. 197, che osserva come tale circostanza ponga una delicata questione di *par condicio creditorum*, poiché «il discorso su di un mancato approfittamento, assicurato dalla regola della proporzionalità, tiene fin quando il mutuante sia il solo creditore, molto meno allorché i creditori siano più d'uno e l'immobile attribuito rappresenti il solo cespite o comunque quello più capiente sul quale potersi soddisfare».

per effetto del patto, in obbligazione alternativa<sup>222</sup> o con facoltà alternativa<sup>223</sup> e coloro che propendono per la qualificazione del patto marciano come *datio in solutum*<sup>224</sup>.

Senza voler anticipare le riflessioni che verranno svolte in tema di causa del patto marciano è doveroso segnalare sin da ora come il problema risulti mal posto giacché la riconduzione del meccanismo marciano ad una vicenda solutoria presuppone un suo inquadramento in istituti che appartengono alla dimensione dell'adempimento o dei suoi surrogati.

Sennonché, il patto marciano di cui all'art. 120-*quinqüesdecies* (e, come si avrà modo di vedere dell'art. 48-*bis*<sup>225</sup>) TUB presuppone l'inadempimento e, dunque, è destinato a regolarne le conseguenze, collocandosi in una fase dell'obbligazione che si pone al di là dell'adempimento e dei suoi surrogati<sup>226</sup>.

<sup>222</sup> A. BERTOLINI, *La tutela del debitore inadempiente nella disciplina europea dei mutui ipotecari. Eterogenesi dei fini, errori prospettici ed aporie alla luce dell'analisi economica del diritto*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 355.

<sup>223</sup> In tal senso A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis T.U.B. è davvero il patto marciano?*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1481 ss. e nt. 34, la quale suggerisce di qualificare il patto marciano ex art. 48-*bis* TUB come *pactum de in solutum dando*, il quale determina una modificazione dell'oggetto dell'obbligazione. Sul *pactum de in solutum dando* cfr. A. ZACCARIA, *Obligatio est iuris vinculum... Lineamenti di diritto delle obbligazioni*, Torino, 2015, 84, ma soprattutto ID., *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Milano, 1987, p. 122 e 346.

<sup>224</sup> A. CHIANALE, *L'ipoteca*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, 6, *Diritti reali*, Torino, 2010, p. 36.

<sup>225</sup> Come si avrà modo di vedere più nel dettaglio, la disciplina dettata dall'art. 120-*quinqüesdecies* TUB ricalca il modello, ben più analiticamente disciplinato, del patto marciano di cui all'art. 48-*bis* TUB, seppur con tre significative differenze: a) in questo caso, il patto verte – conformemente con quanto previsto nel prestito vitalizio ipotecario – su un bene immobile oggetto di ipoteca, mentre quello dell'art. 48-*bis* TUB costituisce un marciano «autonomo», ossia una vendita sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore il cui oggetto consiste in un bene libero; b) a differenza del marciano bancario, qui viene concessa al creditore l'alternativa tra acquistare la piena titolarità del bene oggetto di garanzia e venderlo, trattenendo il prezzo sino alla concorrenza del credito residuo, mentre l'art. 48-*bis* contempla soltanto la prima possibilità; c) qui è specificato – come nel prestito vitalizio ipotecario – l'effetto estintivo del debito connesso al ricorso al patto, mentre nell'art. 48-*bis* a una tale conclusione si può (eventualmente) giungere soltanto in sede di interpretazione sistematica (cfr. *infra*, Cap. II).

<sup>226</sup> L'osservazione è di F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano*, in *I nuovi marcioniani*, cit., p. 197. Sul tema v. *amplius*, Cap. III, § 7.

Alla luce della sua collocazione nello sviluppo del rapporto obbligatorio in una fase successiva all'inadempimento, il patto marciano si presenta come un istituto saldamente insediato nell'area dell'autotutela esecutiva, al pari del divieto del patto commissorio, di cui il marciano rappresenta, anche dal punto di vista storico, un'ammissibile rielaborazione.

## CAPITOLO SECONDO

### IL PATTO MARCIANO «BANCARIO» (ART. 48-BIS TUB)

SOMMARIO: 1. Il finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato: l'ambito soggettivo della disciplina. – 2. (segue) l'ambito oggettivo. – 3. La condizione sospensiva dell'inadempimento. – 4. (segue) l'effetto esdebitatorio: effetto connaturato al patto marciano bancario o ricavabile per via di estensione analogica? – 5. (segue) l'effetto esdebitatorio: possibilità di una sua introduzione per volontà delle parti mediante una pattuizione espressa. – 6. Il procedimento di stima. – 7. Effetti e trascrizione del patto marciano. – 8. (segue) cumulabilità tra ipoteca e patto marciano. – 9. Esecuzione forzata e fallimento del titolare del diritto reale sull'immobile trasferito. – 10. Il problema dell'ammissibilità di un marciano atipico. – 11. (segue) dai sottotipi al tipo generale del patto marciano.

1. *Il finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato: l'ambito soggettivo della disciplina.* – Come accennato in apertura, con l'art. 2 del d.l. n. 59 del 3 maggio 2016, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 119 del 30 giugno 2016 ha fatto ingresso nel nostro ordinamento l'istituto del «finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato»<sup>227</sup>. Segnatamente, l'art. 48-bis TUB contempla la

<sup>227</sup> Si occupano dell'istituto, tra gli altri, S. LOCONTE, *Le nuove garanzie sui finanziamenti all'impresa: decreto banche D.L. n. 59/2016, convertito in L. n. 119/2016: pegno mobiliare non possessorio, patto marciano, nuove tutele del creditore in materia di procedure concorsuali, modifiche alla cessione dei crediti d'impresa, deferred tax asset*, Rimini, 2016, pag. 95 ss.; S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella l. n. 119/2016: il cd. patto marciano*, in *Il dir. fall.*, 5, 2016, p. 1076 ss.; A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48-bis T.U.B. è davvero il patto marciano?*, in *Corr. giur.*, 2016, 12, p. 1477 ss.; C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese garantito da trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato*, in *Studium iuris*, 2016, 12, p. 1451 ss.; S. PAGLIANTINI, *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura (ragionata) dell'art. 48 bis T.U.B.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 5, p. 931 ss.; ID., *Spigolando intorno all'art. 48 bis T.U.B.: specialità (di trattamento) e principio di proporzionalità delle garanzie?*, in *Giur. it.*, 2017, 7, p. 1719 ss.; G. ORLANDO, *Alienazione attuativa della garanzia del finanziamento ex art. 48 bis T.U.B. e ipoteca*, in *Giur. it.*, 2017, 7, p. 1732 ss.; D. MARI, *Il patto marciano: un'analisi critica del nuovo art. 48-bis tub*, in *Rivista del Notariato*, 2016, 6, p. 1111 ss.; N. BERNARDI, *Il nuovo patto marciano tra banche e imprese di cui all'art. 48 bis t.u.b.*, in *Studium iuris*, 2017, 5, p. 553 ss.; N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, N. 119*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 5, p. 995 ss.; G. D'AMICO

possibilità di inserire, all'interno del contratto di finanziamento concluso tra un imprenditore e una banca o altro soggetto autorizzato a concedere finanziamenti nei confronti del pubblico ai sensi dell'art. 106 TUB, di una pattuizione che, a garanzia dell'adempimento, contempra il trasferimento – in favore del creditore o di una società dallo stesso controllata o al medesimo collegata e autorizzata ad acquistare, detenere, gestire e trasferire diritti reali immobiliari – della proprietà di un immobile o di un altro diritto immobiliare dell'imprenditore o di un terzo.

La finalità della nuova previsione è resa palese dalla rubrica del Capo I della legge che recita «Misure a sostegno delle imprese e di accelerazione del recupero crediti»: la norma mira, infatti, a semplificare e rendere più flessibili le tecniche di realizzo dei diritti del soggetto finanziatore, pur con l'imprescindibile adozione di misure specificamente dirette a tutelare gli interessi del soggetto finanziato, titolare di un diritto reale immobiliare<sup>228</sup>. *In thesi*, la nuova legislazione *creditor friendly* dovrebbe tradursi in un impulso all'ingresso di nuovi capitali, oltre ad una maggiore disponibilità degli istituti bancari e degli altri soggetti investitori ad erogare nuova finanza a beneficio dell'economia reale<sup>229</sup>.

Volendo ora procedere con l'analisi della fattispecie di cui all'art. 48-bis, dal punto di vista dei soggetti coinvolti nell'operazione, *ex latere creditoris* abilitati a concludere l'operazione sono le banche e gli altri soggetti autorizzati ad erogare finanziamenti al pubblico.

- S. PAGLIANTINI - F. PIRAINO - T. RUMI, *I nuovi marciari*, Torino, 2017, p. 9 ss.; G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, in *Europa e dir. priv.*, 2017, 1, p. 1 ss.; S. CAMPOLATTARO, *Fenomenologia del patto marciano tra tipicità e atipicità*, in *Rivista del Notariato*, 2017, 3, p. 591 ss.; R. LENZI, M. TATARANO, *Recenti riforme in tema di garanzie del credito bancario*, in *Studi e mat.*, 2017, 1-2, p. 30 ss.; G. VISCONTI, *La nuova garanzia reale dei prestiti bancari: il patto marciano*, in *Imm. & propr.*, 2017, 10, p. 586 ss.; A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 6, p. 1398 ss.; ID., *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1, p. 10 ss.; E. BRODI, *Brevi note sull'utilizzabilità dell'art. 48-bis t.u.b. per la gestione delle sofferenze bancarie*, in *Crisi D'Impresa e Fallimento*, 28 gennaio 2017, p. 1 ss., in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>228</sup> Così S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori*, cit., p. 1075 s. Sul punto cfr. anche D. MARI, *Il patto marciano*, cit., p. 1111 ss.

<sup>229</sup> N. BERNARDI, *Il nuovo patto marciano*, cit., p. 556; G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., p. 10 s.



Dal momento che la legge consente che il trasferimento avvenga «in favore del creditore o di una società da esso controllata o al medesimo collegata ai sensi delle vigenti disposizioni di legge e autorizzata ad acquistare, detenere, gestire o trasferire diritti reali immobiliari» i beneficiari dell'alienazione in garanzia possono non essere la banca o la società finanziaria creditrice. Sotto questo profilo, chiaro risulta l'intento della nuova normativa la quale mira, da un lato, a evitare gli effetti negativi sui bilanci bancari derivanti da una immobilizzazione di risorse necessarie per lo svolgimento delle operazioni creditizie ordinarie; dall'altro lato, ad assicurare maggiori possibilità di futura monetizzazione della garanzia una volta perfezionatosi l'effetto traslativo, affidando la gestione e la vendita dei beni conferiti in garanzia a soggetti specializzati. Deve peraltro rilevarsi, come questa ipotesi di scissione tra la titolarità del credito e della garanzia che lo assiste sia in realtà soltanto formale, in quanto l'unitarietà dell'operazione riemerge nell'unità del gruppo societario di cui debbono far parte sia il finanziatore, come soggetto controllante o esercente una posizione dominante, sia il terzo acquirente il bene in garanzia, come soggetto controllato<sup>230</sup>.

Sempre dal punto di vista soggettivo, l'art. 48-*bis* riserva il finanziamento in parola all'imprenditore, nella più ampia accezione del termine; la norma fa infatti chiaro riferimento alla nozione generale di imprenditore di cui all'art. 2082 c.c.<sup>231</sup>. Come ampiamente illustrato nel capitolo precedente, altri sono gli strumenti giuridici destinati ai cc.dd. consumatori che siano titolari di immobili a uso abitativo: si tratta della clausola marciana contenuta nei mutui ipotecari concessi ai consumatori con riferimento a beni immobili residenziali (d. lgs. 27 aprile 2016, n. 72) e il prestito vitalizio ipotecario erogato a beneficio di persone fisiche ultrasessantenni a fronte di ipoteca sulla casa di loro proprietà (l. 2 aprile 2015, n. 44)<sup>232</sup>.

Nondimeno, essendo richiesta la qualità di imprenditore solo per l'assunzione della titolarità passiva del rapporto obbligatorio, un soggetto consumatore

<sup>230</sup> Sul punto cfr. C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese*, cit., p. 1453.

<sup>231</sup> S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori*, cit., p. 1076; N. BERNARDI, *Il nuovo patto marciano*, cit., p. 556. Cfr. anche S. PAGLIANTINI, *L'art. 2744 e le alchimie*, cit., p. 936 che qualifica la convenzione in commento in termini di «un contratto dell'impresa o per l'impresa».

<sup>232</sup> Cfr. *supra*, Cap. I, §§ 11 e 13.

potrebbe intervenire nella fattispecie in esame in qualità di terzo datore; in questo caso, tuttavia, opera la limitazione di cui al comma 3 dell'art. 48-*bis*, ai sensi del quale il bene dato in garanzia non può essere adibito ad abitazione principale del proprietario o dei suoi prossimi congiunti.

Terzo datore può essere, altresì una società controllata o su cui il debitore esercita un potere di direzione.

Con riferimento alla successione nel lato attivo nel rapporto obbligatorio nascente da un finanziamento *ex* art. 48-*bis* TUB, a seguito ad es. di cartolarizzazione dei crediti ai sensi della legge n. 130 del 1999, di cessione in blocco dei crediti a norma dell'art. 58, d. lgs. n. 385 del 1993 a banche, intermediari finanziari o società soggette alla vigilanza consolidata, oppure di surrogazione per volontà del debitore secondo l'art. 120-*quater* dello stesso decreto, quando si tratti di un rapporto creditizio a favore di micro-imprese ai sensi del comma 9, lett. a-*bis*), la normativa in commento – diversamente da quanto accade per l'ipoteca, che per regola generale (art. 2843 c.c.) segue il credito garantito, talvolta senza necessità di annotazione del trasferimento a margine dell'iscrizione ipotecaria<sup>233</sup> – non menziona il subentro automatico del nuovo titolare del credito nella garanzia reale costituita dalla proprietà condizionata dell'immobile. Deve pertanto ritenersi che il subentro del cessionario o del surrogante nella proprietà condizionata del bene conferito in garanzia richiederà uno specifico atto traslativo in favore del nuovo titolare del credito. Al contrario, nei casi di cessione in blocco di crediti bancari, anche per effetto di operazioni di cartolarizzazione in relazione alle quali è difficile immaginarsi una contrattazione individuale per ogni singola posizione debitoria, deve ritenersi che le disposizioni speciali che sanciscono un automatismo nel subentro nelle garanzie, reali e personali, che accedono al credito (artt. 58, comma 3, TUB e 4, legge n. 130 del 1999), siano destinate ad operare anche per la garanzia in esame<sup>234</sup>.

Quanto invece alla successione nel lato passivo del rapporto obbligatorio, la circostanza che la legge indichi quale indispensabile requisito soggettivo la qualità di imprenditore del soggetto finanziato esclude la possibilità di una successione

<sup>233</sup> Così per le cessioni *ex* art. 58 TUB.

<sup>234</sup> C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese*, cit., p. 1453.

per atto tra vivi di un non imprenditore nel finanziamento *ex art. 48-bis* TUB da parte del privato resosi acquirente del bene oggetto della garanzia; se un siffatto risultato deve essere escluso per effetto di un accollo (esterno) rimane peraltro possibile il caso di un accollo meramente interno del debito da parte del privato compratore, non ricorrendo in quest'ultima ipotesi un subentro nell'obbligazione nascente dal finanziamento oggetto della disciplina in commento<sup>235</sup>.

2. (*segue*) *l'ambito oggettivo*. – Sotto il profilo oggettivo, la norma in esame, pur parlando di contratto di finanziamento, sembra richiamare ogni tipo di operazione bancaria a credito, tipica o atipica, compatibile con la presenza di una garanzia reale *sub specie* di alienazione in garanzia.

Più nello specifico, il comma 5 dell'art. 48-*bis*, contemplando espressamente l'ipotesi nella quale non sia prevista la restituzione del prestito mediante pagamenti da effettuarsi a rate, esclude che debba per forza trattarsi di un finanziamento rateale. L'alienazione condizionata in garanzia *ex art. 48-bis* è dunque ammissibile per i comuni strumenti creditizi in uso nelle banche che non prevedano un rientro scadenziato e prefissato, quali l'apertura di credito e i finanziamenti in conto corrente in genere; difficilmente il finanziamento in parola potrebbe invece assumere i caratteri, atipici, del fido mediante anticipo (o sconto) di carta commerciale, in quanto, in tali casi, il recupero della banca della moneta anticipata all'imprenditore avviene di norma attraverso l'adempimento del debitore ceduto, e non con il rimborso del soggetto finanziato<sup>236</sup>.

Oggetto di trasferimento al creditore, o ad una società dallo stesso controllata o al medesimo collegata, deve essere un bene immobile di proprietà

<sup>235</sup> *Ivi*, p. 1454; S. PAGLIANTINI, *Spigolando intorno all'art. 48 bis*, cit., p. 1720.

<sup>236</sup> C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese*, cit., p. 1454, secondo l'Autore non sarebbe di ostacolo alla conclusione raggiunta il fatto che il comma 5 individui l'inadempimento del debitore nel ritardato pagamento di oltre nove mesi «dalla scadenza del rimborso previsto nel contratto di finanziamento», in quanto o l'affidamento è stato previsto a termine, col che i nove mesi si calcoleranno da tale data fissata nel contratto, oppure è stato concesso a tempo indeterminato (art. 1845, comma 3, c.c.), e in tal caso i nove mesi decorreranno dal recesso di uno dei contraenti, da cui sorge l'obbligo restitutorio per il debitore.

dell'imprenditore o altro diritto immobiliare di cui egli o un terzo siano titolari. Come già accennato, restano esclusi dall'oggetto della garanzia, per espressa previsione del comma 3, i beni immobili adibiti ad abitazione principale del proprietario, del coniuge o di suoi affini entro il terzo grado.

Quest'ultima limitazione trova un precedente nel disposto dell'art. 67, comma 3, lett. c), l. fall. (art. 171, comma 3, lett. c) cod. crisi e ins.), il quale esclude la revocabilità delle vendite concluse al giusto prezzo per immobili da adibire ad abitazione dell'acquirente o dei suoi parenti e affini entro il terzo grado. Nondimeno, se nella legge fallimentare la tutela rafforzata per il debitore quando vengano in rilievo interessi abitativi può dirsi sostanziale ed effettiva – in quanto al ricorrere delle condizioni previste dall'art. 67, comma 3, lett. c), l'azione revocatoria risulta esclusa – nel caso dell'art. 48-*bis* l'esclusione della possibilità di ricorrere all'alienazione condizionata non tutela l'interesse abitativo del proprietario o dei suoi congiunti, ma si limita a far sì che, in caso di inadempimento, la gestione della fase patologica transiti per il processo esecutivo. A ben vedere, la previsione in parola è figlia della antica diffidenza, della quale si è ampiamente detto, verso gli strumenti che consentono al creditore l'appropriazione diretta del bene<sup>237</sup>.

Ai sensi del comma 4 dell'art. 48-*bis* TUB, l'alienazione in garanzia con clausola marciaria può essere conclusa contestualmente o successivamente alla stipula del contratto di credito; la forma pubblica è richiesta per il solo contratto di cessione in garanzia, mentre per il contratto di finanziamento, a mente dell'art. 117 TUB, deve ritenersi sufficiente la forma scritta.

Da ultimo, la norma trova applicazione non solo ai futuri contratti di finanziamento, ma anche a quelli già in essere cui venga aggiunta, con atto notarile, la clausola marciaria in questione.

<sup>237</sup> Critico è N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano*, cit., p. 1020 s. secondo il quale «se si accetta l'idea che il marciano dell'art. 48 *bis*, così come strutturato, costituisce una valida alternativa al processo esecutivo in quanto tutela adeguatamente il debitore dal rischio di perdere il bene concesso in garanzia senza controllo di congruità rispetto all'ammontare del credito, diventano poi difficilmente giustificabili le limitazioni che guardano all'uso cui il bene è adibito e/o ai soggetti che ne beneficiano».

3. *La condizione sospensiva dell'inadempimento.* – Come già ricordato, l'art. 48-*bis* TUB prevede l'inserimento, all'interno del contratto di finanziamento concluso tra un imprenditore e una banca o altro soggetto autorizzato a concedere finanziamenti, di una pattuizione che, a garanzia dell'adempimento, contempli il trasferimento – in favore del creditore o di una società dallo stesso controllata o al medesimo collegata – della proprietà di un immobile o di un altro diritto immobiliare dell'imprenditore o di un terzo.

Il trasferimento in parola è tuttavia condizionato all'inadempimento del debitore come definito a norma del comma 5.

Si tratta di una condizione dichiaratamente sospensiva: gli effetti traslativi non si producono fino all'avverarsi dell'evento dedotto in condizione.

Nell'espressa previsione circa l'efficacia della pattuizione avente ad oggetto l'inadempimento del debitore e la conseguente possibilità del creditore di avvalersene una parte della dottrina ha riconosciuto la codificazione della c.d. condizione di inadempimento<sup>238</sup>. Come da tempo predicato in dottrina e in giurisprudenza, al concetto di condizione può ricondursi il caso in cui un determinato accadimento, sebbene costituisca il risultato del comportamento contrattualmente previsto a carico di uno dei paciscenti (e come tale non sia di tipo non meramente potestativo), risulti, oltre che futuro, oggettivamente incerto<sup>239</sup>.

Una attenta dottrina ha, peraltro, rilevato come in realtà la condizione sospensiva di cui all'art. 48-*bis* non sia strutturata nei termini di una comune condizione in cui l'evento condizionante è costituito dall'inadempimento dell'obbligato, dal momento che il trasferimento della proprietà del bene non

<sup>238</sup> S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori*, cit., p. 1081; N. BERNARDI, *Il nuovo patto marciano*, cit., p. 557.

<sup>239</sup> In argomento cfr. in dottrina G. AMADIO, *La condizione di inadempimento: contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996; R. LENZI, *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela. L'adempimento dedotto in condizione*, Milano, 1996. In giurisprudenza v., *ex multis*, Cass., 24 novembre 2003, n. 17859, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 953 con nota di E. GIACOBBE, *La deducibilità in condizione dell'inadempimento della prestazione, tra libertà contrattuale e mera potestatività*; Cass., 15 novembre 2006, n. 24299, in *Obbl. e contr.*, 2008, 3, p. 215, con nota di B. COLOSIMO, *La condizione risolutiva di inadempimento*.

costituisce l'effetto automatico dell'inadempimento del debitore<sup>240</sup>. Neppure si potrebbe parlare di condizione unilaterale posta nell'interesse esclusivo di una delle parti, atteso che il carattere unilaterale della condizione non impedisce l'automaticità del suo avveramento, ma conserva solo alla parte interessata la facoltà di rinunciare ai suoi effetti<sup>241</sup>; nella fattispecie in esame, il creditore che voglia perfezionare il suo acquisto deve comunicare alla controparte la volontà di avvalersi del patto, non verificandosi dunque alcuna rinuncia ad un effetto già realizzatosi. Piuttosto, secondo l'orientamento in parola, la norma ricollega al verificarsi dell'inadempimento il sorgere di un diritto potestativo della banca a produrre l'effetto traslativo previsto dal patto: un diritto che però verrà esercitato per mezzo di un'apposita dichiarazione di volontà, accompagnata dall'adempimento di successivi incombeni. L'acquisto del bene concesso in garanzia, quindi, si produce e si perfeziona solo al termine di un iter procedimentale complesso attivato e proseguito dal creditore, il quale può, parimenti, interromperlo senza che si realizzi l'effetto traslativo oggetto del patto<sup>242</sup>.

Secondo quanto stabilito al comma 5 dell'art. 48-*bis*, nel caso di obbligo di rimborso a rate mensili si ha inadempimento quando il mancato pagamento si protrae per oltre nove mesi dalla scadenza di almeno tre rate, anche non consecutive. Quando, invece, il debitore sia tenuto al rimborso rateale secondo termini di scadenza superiori al periodo mensile, l'inadempimento si verifica decorsi oltre nove mesi dalla scadenza anche di una sola rata.

Ove invece non sia prevista la restituzione mediante pagamenti da effettuarsi in via rateale, il debitore si considera inadempiente decorsi oltre nove mesi dalla scadenza del rimborso previsto nel contratto di finanziamento.

A fronte della natura imperativa di protezione della disciplina sin qui descritta deve ritenersi che la sua inosservanza, attraverso la previsione di decadenze convenzionali oltre quelle legali, sia motivo di nullità parziale del patto con

<sup>240</sup> L'osservazione è di C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese*, cit., p. 1458.

<sup>241</sup> Sulla condizione unilaterale, in dottrina, cfr. per tutti C.M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, III, Milano, 1997, p. 530.

<sup>242</sup> C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese*, cit., p. 1458.

sostituzione della clausola derogatoria con la corrispondente disciplina di legge (*ex* art. 1419, comma 2, c.c.), salvo si tratti di una deroga più favorevole al soggetto tutelato, da ritenersi senz'altro consentita<sup>243</sup>.

Come appena illustrato, la previsione in commento si limita a stabilire che «si ha inadempimento» al verificarsi delle scadenze e per gli importi ivi previsti senza precisare la percentuale dell'importo inadempito rispetto al totale del debito<sup>244</sup>. Ed invero, il numero di rate inadempite può corrispondere ad importi del tutto differenti (e ad altrettanto differenziate percentuali sul totale del debito) a seconda del periodo di tempo entro il quale deve avvenire il rimborso del finanziamento<sup>245</sup>.

Occorre anzitutto rilevare come il rischio che (in alcuni casi) la banca possa azionare la clausola marciana quando l'inadempimento non sia ancora divenuto così grave da giustificare l'escussione della garanzia risulti attenuato, da un lato, dal requisito relativo alla protrazione dell'inadempimento per oltre nove mesi; dall'altro lato, quando siano trascorsi nove mesi e il (perdurante) mancato pagamento di tre rate corrisponda (in termini assoluti) ad un importo esiguo

<sup>243</sup> *Ibidem*.

<sup>244</sup> G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., p. 13 s. All'indomani della pubblicazione del decreto-legge varie sono state le critiche avanzate con riguardo all'operatività del meccanismo marciano a prescindere dall'entità del debito residuo. In particolare, secondo Confindustria, la norma in commento non avrebbe dovuto trovare applicazione ogniquale volta il debito ancora da onorare non superasse una determinata soglia percentuale, indicata nella «forbice» del 10% – 20%, e ciò nell'ottica di una maggiore flessibilità della disciplina per i casi di momentanea difficoltà di rimborso da parte dell'impresa debitrice. La legge di conversione ha recepito solo in parte questa sollecitazione, introducendo il precetto in base al quale, qualora alla data di scadenza della prima delle rate, anche non mensili, non pagate il debitore abbia già rimborsato il finanziamento ricevuto in misura almeno pari all'85% della quota capitale, il periodo di inadempimento è elevato da nove a dodici mesi. Sul dibattito si rinvia a S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori*, cit., p. 1082 s. e a N. BERNARDI, *Il nuovo patto marciano*, cit., p. 557 s.

<sup>245</sup> Ad esempio, un conto è prevedere che la condizione cui è subordinato l'esercizio della facoltà del creditore di attivare il procedimento per avvalersi del patto marciano si verifichi in presenza di un inadempimento per un importo corrispondente al 25% dell'ammontare totale del finanziamento (cosa che accadrebbe in caso di durata annuale del piano di rimborso), altro è che detta condizione si ritenga verificata al concretizzarsi di un inadempimento pari ad appena il 5% dell'ammontare totale del finanziamento (come avviene, ad esempio, in caso di durata quinquennale del piano di rimborso); sul punto cfr. G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., p. 14.

rispetto all'entità complessiva del finanziamento, dalla circostanza che la banca non abbia interesse a escutere la garanzia marciana, dovendo la medesima in questo caso riconoscere al mutuatario una somma corrispondente al valore di mercato del bene quale stimato da un perito indipendente<sup>246</sup>.

Il mancato riferimento alla percentuale dell'importo del finanziamento da rimborsare, oltre all'inconveniente di cui si è appena detto, può aprire la strada ad un altro inconveniente – dovuto, questa volta, al requisito per cui l'inadempimento suddetto deve protrarsi per almeno nove mesi – ossia, quello di consentire l'esercizio del diritto di azionare la clausola marciana solo quando la soglia dell'inadempimento è ormai troppo elevata; in tale ipotesi, poiché la banca deve attendere almeno nove mesi prima di potersi avvalere della clausola marciana, e poiché non può escludersi che in questo periodo rimangano inadempite anche altre rate, la banca potrebbe essere costretta ad attendere troppo a lungo prima di poter richiedere il trasferimento del bene. In questi casi, deve ritenersi che il mutuante conservi comunque la possibilità – previa rinuncia alla clausola marciana – di ottenere la risoluzione del contratto secondo le regole ordinarie, senza cioè dover attendere il decorso dei nove o dodici mesi previsti dal comma 5 dell'art. 48-*bis*<sup>247</sup>.

Il menzionato comma 5 prevede altresì che, al verificarsi dell'inadempimento, il creditore sia tenuto a comunicare (la legge usa il verbo “notificare”, ma sembrano sufficienti anche altre forme di trasmissione della comunicazione, purché idonee a rendere nota la volontà del creditore) al debitore (e, se soggetto diverso, al titolare del diritto reale immobiliare), nonché a coloro che hanno diritti derivanti da titolo iscritto o trascritto sull'immobile, una dichiarazione di volersi avvalere degli effetti del patto, con l'obbligo di precisare l'ammontare del credito per cui si procede.

Tale previsione – che ricalca quella contenuta nell'art. 602 c.p.c. per l'atto di precetto che precede l'avvio dell'esecuzione contro il terzo proprietario – ha la duplice funzione di notificare il terzo esposto alla perdita del proprio diritto di

<sup>246</sup> *Ivi*, p. 14 s.; infatti, il ricavato conseguibile in concreto dalla banca stessa potrebbe essere sensibilmente inferiore al valore di mercato del bene.

<sup>247</sup> In questo caso, il requisito della «gravità» dell'inadempimento, ai sensi dell'art. 1455 c.c., dovrà essere accertato giudizialmente, senza basarsi su «soglie» legali, così G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., p. 16 ss.



avviare, in via surrogatoria, le iniziative legali di contrasto all'acquisto della garanzia, che il debitore ometta o ritardi di esercitare, ovvero di permettergli, in alternativa, di adempiere in luogo del debitore per prevenire il perfezionarsi del trasferimento<sup>248</sup>. Non si comprende invece perché il legislatore abbia inserito tra i destinatari dell'avviso anche i terzi titolari di diritti iscritti o trascritti anteriormente al patto, posto che il passaggio in proprietà in favore della banca non compromette in alcun modo i diritti anteriori, reali o personali, mentre l'esistenza di un'ipoteca preesistente all'alienazione condizionata *ex art. 48-bis* sembra costituire condizione impeditiva all'operatività del patto medesimo<sup>249</sup>.

La sussistenza in capo al terzo datore della garanzia o ai titolari di diritti subvalenti sull'immobile di un interesse proprio all'adempimento, distinto da quello dell'obbligato, unita alla circostanza che essi, pur non essendo personalmente obbligati verso il soggetto finanziatore, siano gravati da un vincolo che li espone alla perdita di un bene proprio per un debito altrui, li pone, a ben vedere, nella situazione prevista dall'art. 1203, n. 3, c.c. qualora adempiano in sostituzione del debitore.

*In thesi*, la surroga del terzo datore o del terzo titolare di diritti destinati a soccombere comporta il subentro, oltre che nel regime degli interessi, anche nelle eventuali garanzie personali aggiuntive, che assistano il debito (art. 1204 c.c.); tuttavia, come illustrato in precedenza, il subentro del surrogante nella proprietà condizionata del bene conferito in garanzia, oltre ad essere limitato ai casi in cui lo stesso rivesta la qualifica soggettiva prescritta dall'art. 48-*bis* TUB, richiede uno specifico atto traslativo in favore del nuovo titolare del credito<sup>250</sup>.

Ad ogni modo, le ragioni della previsione normativa di tutela dei terzi titolari di diritti sull'immobile portano a ritenere che l'iter perfezionativo del trasferimento della garanzia non possa dirsi compiuto se quest'ultima abbia omissso di effettuare la comunicazione prevista dal comma 5 a tutti i soggetti contemplati dalla norma<sup>251</sup>.

<sup>248</sup> C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese*, cit., p. 1459.

<sup>249</sup> V. *infra*, § 7.

<sup>250</sup> V. *supra*, § 1.

<sup>251</sup> Giunge a questa conclusione C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese*, cit., p. 1459 s.

La puntuale disciplina di cui al comma 5 dimentica poi di chiarire come debba essere trattata l'ipotesi in cui il debitore contesti la sussistenza dell'inadempimento. Se, da un lato, non può certo negarsi al debitore la facoltà di agire in via ordinaria, dall'altro lato, numerose sono le problematiche che potrebbero derivare dalla sovrapposizione del giudizio di contestazione con il trasferimento e, ancor prima con il procedimento di stima del bene. A ben vedere, ammettere che l'attuazione del patto marciano possa essere sospesa, a fronte della contestazione dell'inadempimento, vorrebbe dire tradire le finalità della norma, che, come visto, mira a superare la lunghezza dei procedimenti giudiziari di recupero del credito<sup>252</sup>.

Più in generale, può ritenersi che mirando la codificazione dei patti marciani «speciali» all'introduzione nel nostro ordinamento di modalità di recupero del credito più snelle e celeri rispetto a quelle ordinarie giudiziali, le relative previsioni precludano implicitamente al debitore di proporre un'azione che sospenda il trasferimento del diritto sul bene oggetto della garanzia e il procedimento di stima, ferma la possibilità per costui di agire successivamente per contestare i presupposti del trasferimento al fine di riottenere il bene dal creditore. Al contrario, nei patti marciani «di diritto comune», la contestazione da parte del debitore sarebbe idonea a sospendere il procedimento di stima sino all'accertamento della sussistenza dei presupposti del trasferimento del bene.

4. *(segue) l'effetto esdebitatorio: effetto connotato al patto marciano bancario o ricavabile per via di estensione analogica?* – L'art. 48-bis TUB non risolve poi esplicitamente il problema se il trasferimento del diritto in esecuzione della clausola marciana estingua per intero l'obbligazione verso la banca, anche quando il valore dell'immobile risulti inferiore al credito rimasto inadempito. L'identico problema trova, invece, come ampiamente illustrato, risposta esplicita – ed affermativa – sia nella disciplina del prestito vitalizio ipotecario (dell'art. 11-*quaterdecies* d.l. n.

<sup>252</sup> N. BERNARDI, *Il nuovo patto marciano*, cit., p. 558.

203/2005)<sup>253</sup> sia in quella dei contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili (art. 120-*quinqüiesdecies* TUB)<sup>254</sup>.

Secondo un'opinione, pur nel silenzio del legislatore sul punto, il trasferimento di cui all'art. 48-*bis* realizzerebbe una funzione di estinzione soddisfattiva per l'intero, analogamente a quanto previsto dai richiamati artt. 11-*quaterdecies* e 120-*quinqüiesdecies*. Tra gli argomenti invocati a sostegno di tale ricostruzione vi sono: l'anomalia di concepire una *datio in solutum* parziale; il contrasto con la *ratio* della novella (che è apertamente quella di sgravare il contenzioso dell'esecuzione forzata); la circostanza che, in difetto di un effetto esdebitativo, mancherebbe per l'imprenditore qualsiasi incentivo a stipulare il patto in esame<sup>255</sup>.

In realtà, nessuna delle suddette ragioni è assolutamente dirimente.

Quanto alla prima critica, ammesso pure (ma il punto è ancora da verificare) che si ritenga plausibile accostare la fattispecie di cui all'art. 48-*bis* TUB, e più in generale la figura del patto marciano, alla *datio in solutum*, non si comprende perché dovrebbe essere considerata anomala l'ipotesi di una *datio in solutum* parziale, sia nel senso di una *datio in solutum* intervenuta quando una parte del debito sia stata già adempiuta, sia nel senso di un accordo con il quale si stabilisce che il debito esistente sia solo in parte soddisfatto con una prestazione diversa, e che rimanga in vita per la restante parte<sup>256</sup>.

La seconda obiezione riguarda a ben vedere un inconveniente ipotetico che non è detto si verifichi necessariamente (il che esclude un contrasto inevitabile con la *ratio* suddetta).

Alla terza obiezione potrebbe, infine, replicarsi che una disciplina che attribuisca inderogabilmente al trasferimento del diritto carattere soddisfattivo e liberatorio potrebbe, al contrario, disincentivare l'altro contraente (ossia la banca)

<sup>253</sup> Cfr. *supra*, Cap. I, § 11.

<sup>254</sup> Cfr. *supra*, Cap. I, § 13.

<sup>255</sup> S. PAGLIANTINI, *L'art. 2744 e le alchimie*, cit., p. 950 ss.; A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni*, cit., p. 1477 s., spec. p. 1480 s.; S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori*, cit., p. 1084.

<sup>256</sup> G. BISCONTINI, *Adempimento parziale e datio in solutum*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, II, p. 621 ss. In giurisprudenza cfr. Cass., 3 ottobre 1966, n. 2404, in *Giur. it.*, 1966, I, 1, c. 162.

dalla stipula del patto marciano, oppure indurla a richiedere in garanzia un immobile di valore maggiormente elevato, per evitare il rischio di incapienza<sup>257</sup>.

Preso atto del silenzio del legislatore sul punto, al fine di fornire una soluzione al quesito prospettato occorre chiedersi se l'effetto abdicativo della responsabilità patrimoniale costituisca o meno un elemento strutturale del patto marciano e, nello specifico, se lo sia di quel particolare sottotipo di patto marciano che è regolato dall'art. 48-*bis* TUB. Si tratta, in altre parole, di appurare se possa dirsi che il patto marciano bancario, istituendo una corrispondenza esclusiva tra obbligazione garantita e bene conferito in garanzia, debba avere come proprio effetto naturale, operante anche se non espressamente previsto dalla legge perché connaturato alla causa del patto, o addirittura come effetto essenziale inderogabile, quello di limitare la responsabilità patrimoniale, privando il creditore della possibilità di aggredire il patrimonio residuo del debitore<sup>258</sup>. Qualora la risposta al quesito fosse negativa, si dovrebbe invece indagare se un simile effetto esdebitativo possa essere introdotto dalle parti.

La questione presuppone la risoluzione di due quesiti di più ampio respiro che si collocano a monte del problema qui in esame, ossia, da un lato, se le limitazioni alla responsabilità patrimoniale richiedano una espressa previsione di legge e, dall'altro, se sia concesso all'autonomia privata di introdurre limitazioni alla responsabilità patrimoniale o di pattuire convenzioni in tutto o in parte abdicative della garanzia patrimoniale generica.

Per offrire una risposta a questi interrogativi, occorre anzitutto verificare la portata precettiva delle norme generali dettate dal legislatore in materia di

<sup>257</sup> I rilievi sono di G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., p. 21 ss.

<sup>258</sup> Cfr. F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano*, in *I nuovi marcioniani*, cit., p. 204. Secondo l'Autore, la limitazione della garanzia generica costituirebbe un connotato strutturale del patto marciano che risponderebbe «all'interesse generale a che tale tutela preferenziale non sacrifichi in misura eccessiva le ragioni della categoria dei creditori». Secondo l'Autore una simile concettualizzazione del patto marciano varrebbe anche ad affermarne la liceità rispetto al divieto del patto commissorio, previsto, *in thesi*, anche allo scopo di tutelare le ragioni degli altri creditori.

responsabilità patrimoniale<sup>259</sup>, ossia di quegli artt. 2740-2744 che, aprendo il Titolo III del libro VI del codice civile riguardante la «responsabilità patrimoniale, le «cause di prelazione» e la «conservazione della garanzia patrimoniale», ne costituiscono il Capo I dedicato alle «Disposizioni generali».

Com'è noto, l'art. 2740 c.c. enuncia al primo comma la regola sul vincolo di tutti i beni presenti e futuri del debitore all'adempimento di tutte le sue obbligazioni, presenti e future, il cui significato viene efficacemente riassunto nella formula di sintesi della «universalità della responsabilità patrimoniale»<sup>260</sup>. Il secondo comma della norma enuncia quindi un'eccezione a tale regola, individuandola nelle «limitazioni della responsabilità patrimoniale» fissate specificamente dalla legge: espressione, questa, che descrive, per usare le parole di

<sup>259</sup> In argomento, senza pretesa di completezza, si rinvia a R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro Sesto, Tutela dei diritti, art. 2740*, Bologna-Roma, 1945 e *Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, ibidem*, Bologna-Roma, 1953; D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, in *Tratt. dir. civ. italiano diretto da Vassalli*, XIV, Tomo I, Torino, 1956; G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, Napoli, 1966; V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, XIX, Torino, 1997, 485 ss. e voce *Responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1041 ss; C. MIRAGLIA, voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. dir.*, XXVII, Roma, 1991; F. ROSELLI, *Responsabilità patrimoniale. I mezzi di conservazione*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di M. Bessone, IX, Tomo III, Torino, 2005; F. MACARIO, *Responsabilità e garanzia patrimoniale: nozioni introduttive*, in *Diritto civile – Attuazione e tutela dei diritti – L'attuazione dei diritti*, diretto da N. Lipari, P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, IV, Tomo II, Milano, 2009, 164 ss.; L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, in *Cod. civ. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, artt. 2740-2744, Milano, 2010; C.M. BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, V, Milano, 2012; G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, *Le obbligazioni* 2, Torino, 2011; M. PORCELLI, *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, Napoli, 2011; G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, Milano, 2012; F. GALGANO, *Tratt. dir. civ.*, III, Padova, 2015; E. MIGLIACCIO, *La responsabilità patrimoniale. Profili di sistema*, Napoli, 2012; P. GALLO, *Libro VI – Titolo III: Della responsabilità patrimoniale*, in *Libro VI Della tutela dei diritti*, a cura di G. Bonilini e A. Chizzini, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da E. Gabrielli, Milano, 2016; G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Milano, 2017.

<sup>260</sup> Sul principio dell'universalità della responsabilità patrimoniale cfr. V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 504 e L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., p. 5. Sulla nozione di garanzia generica si rinvia al Cap. III, § 5.

uno dei più autorevoli studiosi della materia, le ipotesi in cui «una certa categoria di beni appartenenti al debitore è sottratta all'azione esecutiva di tutti o di alcuni dei suoi creditori<sup>261</sup>».

Le limitazioni della responsabilità patrimoniale vengono solitamente distinte dalla dottrina in tre categorie: limitazioni per la qualità dei beni, limitazioni per la qualità dei crediti e limitazioni dipendenti dalla relazione esistente tra determinati beni e determinati crediti<sup>262</sup>.

Nella prima categoria vengono ricompresi i casi in cui il legislatore sottrae determinati beni all'azione esecutiva perché li ritiene destinati a soddisfare interessi maggiormente meritevoli di tutela rispetto alle ragioni creditorie. Il tipico esempio è dato dall'usufrutto legale dei genitori sui beni dei figli minori (art. 324 c.c.) che, come è noto, non può costituire oggetto di alienazione, di pegno o di ipoteca, né di esecuzione da parte dei creditori dei coniugi<sup>263</sup>.

Nella seconda categoria rientrano i casi in cui determinati debiti, in ragione della loro peculiare natura, sono destinati a gravare soltanto su una parte del patrimonio del debitore, come avviene, ad esempio, *ex art. 490, comma 2, c.c.* nel caso di accettazione dell'eredità con beneficio di inventario<sup>264</sup>.

Vi sono da ultimo le ipotesi in cui alcuni beni del debitore, a causa del particolare scopo a cui sono destinati, vengono sottratti alla garanzia patrimoniale generica, per rispondere soltanto dei debiti inerenti alla destinazione loro

<sup>261</sup> R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, cit., p. 11.

<sup>262</sup> Cfr. V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 514; C. MIRAGLIA, voce *Responsabilità patrimoniale*, cit., p. 377; G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 85; G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 96.

<sup>263</sup> Così V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 514 che ha ricondotto a tale categoria anche l'art. 695 c.c. sui beni oggetto di sostituzione fedecommissaria nonché gli artt. 514 ss. c.p.c. relativi ai beni impignorabili.

<sup>264</sup> *Ivi*, p. 515. Nello stesso senso R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, cit., p. 12; G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 151; G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 200 ss.; A. ZACCARIA, *Rapporti obbligatori e beneficio di inventario. Tipologie e disciplina dell'attuazione*, Torino, 1994, 33 ss.

impresa<sup>265</sup>. A tal proposito occorre segnalare quella parte della dottrina che distingue le ipotesi di vera e propria limitazione della responsabilità da quelle che, viceversa, si limitano a realizzare un particolare regime patrimoniale che dà origine ad «una responsabilità patrimoniale specializzata in quanto finalizzata ad un certo scopo», come appunto il fondo patrimoniale<sup>266</sup>.

Com'è noto, la ricostruzione della portata normativa dell'art. 2740 c.c., e del rapporto tra le disposizioni contenute nei due commi che lo compongono, continua a formare oggetto di un vivace dibattito, che sembra tuttavia segnato da una direzione di evoluzione piuttosto chiara. Secondo un'impostazione classica, a cui aderisce però ancora oggi una parte significativa della dottrina, il secondo comma dell'art. 2740 c.c. esprimerebbe un principio di legalità delle limitazioni della responsabilità patrimoniale, tale per cui le deroghe al suddetto principio dovrebbero ritenersi eccezionali<sup>267</sup>.

In tale ottica, il sistema della responsabilità patrimoniale sarebbe strutturato secondo lo schema regola-eccezione di cui sono espressione rispettivamente il primo e il secondo comma dell'art. 2740 c.c.; le ipotesi di limitazione della garanzia, oltre ad essere di competenza esclusiva del legislatore, avrebbero altresì carattere residuale<sup>268</sup>.

Secondo la dottrina tradizionale, in particolare, il principio di tipicità delle limitazioni alla responsabilità patrimoniale sarebbe collegato all'essenzialità della

<sup>265</sup> V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 516. Tra le altre, rientrano in questa categoria anche le fattispecie di cui agli artt. 2645-ter e 2447-bis c.c. Sui patrimoni separati si rinvia a M. BIANCA, *Vincoli di destinazione del patrimonio*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, 2007; ID., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996; M. CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato. Dalla destinazione economica all'atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, Padova, 2010; P. IAMICELI, *Unità e separazione dei patrimoni*, Padova, 2003, p. 13; L. BULLO, *Trust, destinazione patrimoniale ex art. 2545 ter c.c. e fondi comuni di investimento ex art. 36, comma 6, del T.U.F.: quale modello di segregazione patrimoniale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 4, p. 536 ss.

<sup>266</sup> Sul punto cfr. A. DI MAJO, *Responsabilità e patrimonio*, Torino, 2005, p. 16 ss.

<sup>267</sup> L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., pp. 5 e 75.

<sup>268</sup> D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 8; F. MACARIO, *Responsabilità*, cit., p. 190; A. MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, Trust e responsabilità del debitore*, Milano, 2007, p. 72 s.

garanzia generica al fine di assicurare la giuridicità del rapporto obbligatorio<sup>269</sup>. La disposizione si spiegherebbe in ragione dell'esigenza, particolarmente avvertita in una moderna economia liberale, di assicurare un'adeguata tutela del credito, con strumenti che possano arginare il rischio che il debitore riesca agevolmente a sottrarre taluni beni alla garanzia patrimoniale generica dei suoi creditori, vanificando il corretto funzionamento del rapporto obbligatorio<sup>270</sup>.

A sostegno di questa impostazione si trae argomento anche dal tenore della Relazione ministeriale accompagnatoria del Codice civile, la quale attribuisce al principio di tipicità delle restrizioni della responsabilità patrimoniale la funzione di rafforzare la regola fondamentale di cui al primo comma dell'art. 2740 c.c. «nell'interesse del credito e dell'economia»<sup>271</sup>.

Il riferimento della Relazione al Codice civile a interessi sovra-individuali ha determinato, in particolare, la diffusione del pensiero per cui la regola

<sup>269</sup> L'idea dell'indispensabilità della responsabilità patrimoniale per la giuridicità dell'obbligazione è maturata nell'ambito della teoria della *Schuld und Haftung* elaborata da A. BRINZ, *Der Begriff obligatio*, in *Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliches Recht der Gegenwart*, vol. I, 1874, a mente della quale il rapporto obbligatorio è frutto della compresenza degli elementi del debito e della responsabilità. Questi due elementi darebbero origine, all'interno della struttura dell'obbligazione, a due rapporti distinti, e cioè al rapporto di puro debito e al rapporto di rispondenza. Il primo rapporto si sostanzia, dal lato passivo, nel dovere giuridico del debitore di eseguire la prestazione e, dal lato attivo, nell'aspettativa del creditore di riceverla; il secondo rapporto consiste, invece, dal lato passivo, nello stato di assoggettamento del patrimonio del debitore all'azione esecutiva e, dal lato attivo, nel diritto del creditore di far valere tale assoggettamento. Premessa la normale coesistenza di tali elementi, la dottrina tedesca è giunta ad affermare la possibilità di individuare casi di puro debito e casi di pura responsabilità.

Abbandonata l'idea che la responsabilità patrimoniale partecipi alla struttura dell'obbligazione, la dottrina italiana continua a ravvisare in essa l'elemento decisivo per conferire giuridicità *ab esterno* al rapporto obbligatorio. Tra i tanti v. A. DI MAJO, *Responsabilità*, cit., p. 48; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 7, *Le garanzie reali e la prescrizione*, Milano, 2011, p. 6 ss.; R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, cit., p. 11 s.

<sup>270</sup> L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., p. 131 ss.; MIRAGLIA, voce *Responsabilità patrimoniale*, cit., p. 8; D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 7 ss.

<sup>271</sup> Cfr. la *Relazione al Re*, n. 1124.



dell'universalità della responsabilità patrimoniale esprimerebbe un principio di ordine pubblico, avente altresì rilievo costituzionale<sup>272</sup>.

Ciò ha rafforzato ulteriormente la convinzione circa il carattere eccezionale delle limitazioni della responsabilità patrimoniale contemplate dal legislatore e l'impossibilità di una loro applicazione in via analogica a casi non regolati<sup>273</sup>.

Tornando al primo dei due quesiti iniziali, è agevole rilevare come nell'ambito dell'art. 48-*bis* TUB la liberazione del debitore in caso di garanzia incapiente non sia espressamente prevista. Tra le varie figure che, per volontà della legge, sono volte a circoscrivere la responsabilità patrimoniale del debitore è da intendere compreso, invece, il patto marciano regolato all'art. 120-*quinqüiesdecies* TUB, in ragione della espressa previsione normativa dell'estinzione del debito anche se la garanzia è incapiente. Lo stesso dicasi per il meccanismo marciano previsto dall'art. 11-*quater* d.l. 203/2005 in materia di prestito vitalizio ipotecario<sup>274</sup>.

L'adesione alla ricostruzione tradizionale dell'istituto della responsabilità patrimoniale, con i due corollari del carattere eccezionale delle limitazioni della responsabilità patrimoniale contemplate dal legislatore, da un lato, e dell'impossibilità di una loro applicazione analogica, dall'altro, dovrebbero dunque

<sup>272</sup> Cfr. L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., p. 131 ss. secondo il quale le norme contenute negli artt. 2740 e 2741 c.c. sarebbero coperte dal principio costituzionale supremo di cui all'art. 2 Cost. e imporrebbero la verifica – sulla scorta dei parametri di cui agli artt. 3 e 47 Cost. – della legittimità delle disposizioni di legge idonee ad incidere sulla concreta conformazione della responsabilità patrimoniale; sul punto v. altresì C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 7, *Le garanzie reali e la prescrizione*, cit., p. 13; M. D'AMELIO, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale: disposizioni generali*, in *Comm. D'Amelio-Finzi*, libro *Della tutela dei diritti*, Firenze, 1943, p. 438; A. MORACE PINELLI, *Atti di destinazione*, cit., p. 45.

<sup>273</sup> C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 7, *Le garanzie reali e la prescrizione*, cit., p. 13. In giurisprudenza cfr. Cass., 28 aprile 2004, n. 8090, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 1050 secondo cui «è sufficiente, per configurare un patrimonio separato, il riferimento del patrimonio stesso ad uno scopo, essendo anche necessario che intervenga una disciplina particolare, diversa da quella che regola il residuo patrimonio del soggetto, perché la separazione è uno strumento eccezionale, di cui soltanto la legge può disporre, essendo diretto ad interrompere la normale corrispondenza tra la soggettività e univocità del patrimonio, per destinare una parte di questo al soddisfacimento di alcuni creditori, determinando in tal modo la insensibilità dei beni separati alla sorte giuridica degli altri, in deroga ai principi fissati dagli artt. 2740 e 2741 c.c.».

<sup>274</sup> G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 343.

portare ad escludere che l'art. 48-*bis* TUB, in assenza di una specifica disposizione che tale effetto preveda, realizzi una funzione di estinzione soddisfattiva del rapporto obbligatorio per l'intero, diversamente da quanto è invece espressamente previsto nei richiamati artt. 11-*quaterdecies* d.l. n. 203/2005 e 120-*quinquiesdecies* TUB.

Come già evidenziato, non si può tuttavia prescindere dall'inquadrare l'art. 2740, comma 2, c.c. nella complessiva evoluzione che ha interessato il sistema in cui la norma si inserisce. A tal proposito, sembra ragionevole prendere atto, in linea con una constatazione ampiamente diffusa, soprattutto nella dottrina più recente, di come negli ultimi decenni si stia assistendo ad un vero e proprio ribaltamento dello schema regola-eccezione di cui all'art. 2740 c.c.: a seguito del moltiplicarsi, nel numero e nell'importanza, delle fattispecie legali di limitazione della responsabilità patrimoniale, il principio di tipicità delle limitazioni della responsabilità risulta, infatti, nella sostanza soppiantato dall'opposto principio della «specializzazione della responsabilità patrimoniale»<sup>275</sup>.

Il comune denominatore delle varie figure di patrimoni separati (in cui prevalentemente dette limitazioni si sostanziano) è, in particolare, rappresentato dalla destinazione di un complesso di beni a una specifica finalità e dalla conseguente deviazione dai principi di universalità della responsabilità patrimoniale e della *par condicio creditorum*<sup>276</sup>.

A bene vedere, il crescente favore nei confronti della separazione patrimoniale e la valorizzazione del ruolo dell'autonomia negoziale sono indicativi di una progressiva evoluzione delle modalità reputate idonee ad assicurare la

<sup>275</sup> Il primo ad essersi espresso in questi termini è stato L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, in *Cod. civ. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, artt. 2740-2744, Milano, 1991, p. 34. Nello stesso senso v. A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati delle società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 552 ss.; R. LENZI, *I patrimoni destinati: costituzione e dinamica dell'affare*, in *Riv. not.*, 2003, I, p. 543 ss.; P. MANES, *Trust e art. 2740 c.c.: un problema finalmente risolto*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 579 ss.; A. MORACE PINELLI, *Atti di destinazione*, cit., p. 72 ss.; F. MACARIO, *Responsabilità*, cit., p. 190 ss.; A. CHIANALE, G. TERLIZZI, S. CAMPOLATTARO, M. MARTINELLI, *Le garanzie reali e personali*, Torino, 2018, p. 6.

<sup>276</sup> G. MARCHETTI, *La responsabilità*, cit., p. 105 ss. Altri esempi di patrimoni separati disciplinati sono previsti dalla l. 30 aprile 1999, n. 130 relativa alla cartolarizzazione dei crediti e dagli artt. 22 e 36 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 dedicati, rispettivamente, ai servizi di investimento e alla gestione collettiva del risparmio realizzata mediante i fondi comuni di investimento.

responsabilità patrimoniale. Il legislatore non pretende più che il debitore risponda dell'inadempimento delle obbligazioni con l'intero suo patrimonio, ma, al contrario, gli consente di creare masse patrimoniali separate e, dunque, di limitare la responsabilità patrimoniale attraverso l'impiego di strumenti connotati da forme di pubblicità necessitata, il cui scopo è appunto quello di tutelare l'affidamento dei creditori sul patrimonio del debitore per soddisfare coattivamente le loro ragioni<sup>277</sup>.

Dal principio di specializzazione della responsabilità patrimoniale, quale superamento del principio di tipicità delle limitazioni della responsabilità, dovrebbe, a rigore, conseguire la possibilità che le limitazioni alla responsabilità patrimoniale si desumano anche solo implicitamente, o dal modo in cui un dato istituto è regolato o per via di estensione analogica della regola prevista per altri casi.

Riportando queste considerazioni all'indagine che si sta conducendo, deve tuttavia rilevarsi che, pur se ciò sarebbe astrattamente consentito, nell'ambito dell'art. 48-*bis* TUB non si riscontrano comunque indici sufficienti per ipotizzare che l'effetto della liberazione del debitore in caso di garanzia incapiante sia ricavabile in via interpretativa dalla disciplina complessiva dell'istituto, o, per via di estensione, dall'applicazione analogica delle norme previste per il patto marciano ai consumatori e per il prestito vitalizio ipotecario.

Non è possibile ricavarlo dalla disciplina complessiva dell'istituto proprio perché, come si è già rilevato, le indicazioni che essa fornisce sono tutt'altro che univoche.

Deve in primo luogo osservarsi che nel corpo dell'art. 48-*bis* non vi è alcun riferimento al carattere solutorio che col trasferimento del bene realizzerebbe il patto marciano, tale effetto dovrebbe dunque essere escluso per la regola *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*<sup>278</sup>.

Un simile effetto sarebbe poi incoerente rispetto alla finalità dell'istituto di agevolare il ricorso al credito, rafforzando la tutela del creditore bancario

<sup>277</sup> G. MARCHETTI, *Sul preteso divieto delle limitazioni ex pacto della responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 2, p. 532.

<sup>278</sup> S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela*, cit., p. 1084.

(potendo, anzi, tradursi in un forte disincentivo per le banche all'utilizzo di tale strumento in funzione di garanzia del credito).

Accordando poi l'art. 48-*bis* TUB al creditore il diritto di avvalersi degli effetti del patto, la conservazione da parte del medesimo della possibilità di agire secondo le vie ordinarie si pone a ben vedere, essa stessa in conflitto con l'asserita natura solutoria del meccanismo marciano<sup>279</sup>.

Come si avrà modo di vedere nel corso della trattazione, è la stessa funzione di garanzia del patto marciano di cui all'art. 48 *bis* TUB ad escludere la conclusione dell'effetto esdebitativo quale conseguenza naturale della pattuizione marciana «speciale»<sup>280</sup>. Ed invero, il patto marciano «bancario» è volto a conferire al creditore la sicurezza di raggiungere il risultato dedotto in obbligazione ed al quale egli è interessato, o almeno il suo equivalente economico, anche quando venga meno la prestazione del debitore o malgrado la sua opposizione o inerzia, mediante l'individuazione di un bene del debitore (o di un terzo) che sarà specificamente destinato a risentire le conseguenze dell'inadempimento<sup>281</sup>. Il trasferimento, a favore del creditore, della piena proprietà di un immobile avente un valore inferiore rispetto al credito garantito non può dirsi idoneo a rafforzare la pretesa creditoria se preclusivo (in assenza di un accordo tra le parti dal quale sia possibile desumere un particolare assetto di interessi) della possibilità per il creditore di agire per la differenza. Detto in altri termini, l'impossibilità di vedere pienamente realizzato l'interesse creditorio determinata dalla pretesa preclusione di agire per il credito rimasto insoddisfatto, nel caso in cui il bene conferito in garanzia abbia un valore inferiore rispetto al credito garantito, si pone in contraddizione con la causa dell'intera operazione che, come si è detto, è quella di rafforzare il soddisfacimento del credito.

Ma neanche si ravvisano le basi per ipotizzare l'applicazione analogica al patto marciano bancario delle precise disposizioni dettate sul punto in materia di credito

<sup>279</sup> *contra* A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni*, cit., p. 1482 secondo la quale tale contrasto sarebbe solo apparente.

<sup>280</sup> Cfr. *infra*, Cap. III, § 8.

<sup>281</sup> Cfr. *infra*, Cap. III, § 5.

ai consumatori e di prestito vitalizio ipotecario, che rispondono a *rationes* proprie non riscontrabili nella fattispecie del marciano bancario.

In particolare, l'applicazione analogica delle predette discipline anche all'ipotesi del patto marciano di cui all'art. 48-*bis* TUB deve essere esclusa, da un lato, per la qualità soggettiva del finanziato, che in questo caso è un imprenditore, e non un consumatore (soggetto ritenuto solitamente meritevole di particolare tutela)<sup>282</sup>, ed è, peraltro, un imprenditore neppure soggettivamente qualificato da particolari specifiche caratteristiche dimensionali o di fatturato che possano (come in altri contenuti normativi si è previsto<sup>283</sup>) valere come indici presuntivi di una debolezza economica o di potere negoziale; e, dall'altro, perché nell'ipotesi di finanziamento *ex art. 48-bis* TUB non vi è un rischio circa l'entità che potrà raggiungere il debito di restituzione del finanziamento essendo la stessa predeterminata nel suo ammontare massimo: al contrario, è semmai possibile che questo ammontare si riduca, qualora il debitore paghi almeno una parte delle rate di rimborso del mutuo.

Ciò premesso, rimane tuttavia impregiudicato il secondo dei due quesiti sopra menzionato, ossia se sia consentito alle parti introdurre convenzionalmente un siffatto effetto esdebitatorio, in assenza di una previsione normativa (anche solo implicita).

5. (segue) *l'effetto esdebitatorio: possibilità di una sua introduzione per volontà delle parti mediante una pattuizione espressa*

Per rispondere al quesito da ultimo enunciato, occorre allora rammentare che, nel *genus* delle limitazioni della garanzia consentite dall'art. 2740 c.c., rientrano sia quelle legali, perché stabilite da una specifica disposizione normativa che esclude l'assoggettabilità a esecuzione forzata di determinati beni, sia i casi in cui il legislatore consente ai privati di avvalersi di strumenti che realizzano la sottrazione di specifici beni all'azione esecutiva di taluni creditori<sup>284</sup>.

<sup>282</sup> A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1413.

<sup>283</sup> Si pensi, ad esempio, alla disciplina relativa alla tutela delle "microimprese" con riguardo alle pratiche commerciali scorrette di cui agli artt. 18 ss. d.lgs. 206/2005, o alla Direttiva UE 2019/633 sulle pratiche commerciali scorrette nella filiera agricola e alimentare.

<sup>284</sup> G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 98 s.

Nuovamente, il tenore letterale dell'art. 2740 c.c., ma soprattutto la lettura di tale norma quale espressione di un principio di ordine pubblico economico, sembrerebbero negare all'autonomia privata il potere di stabilire restrizioni della garanzia generica fuori dei casi previsti dalla legge. Ciò implicherebbe l'ammissibilità soltanto di limitazioni negoziali della responsabilità patrimoniale tipiche, ossia create dall'autonomia privata in presenza dei presupposti, nei modi e con gli effetti previsti da specifiche previsioni normative autorizzatorie.

Secondo l'impostazione tradizionale, più precisamente, «data la meritevolezza dell'interesse del creditore alla garanzia, cui il divieto serve da supporto», sarebbe «preferibile ritenere patti del genere come negozi con causa illecita perché contrari al principio di ordine pubblico alla conservazione di un'adeguata garanzia generica, che si esprime in numerose norme: artt. 1186, 2900, 2901» c.c.<sup>285</sup>. In tale ottica, il comma 2 dell'art. 2740 c.c. sarebbe portatore di un «divieto di escludere pattiziamente fra debitore e creditori alcuni beni dall'assoggettamento all'azione espropriativa dei creditori aderenti al patto»<sup>286</sup>.

Nel contesto di lettura evolutiva dell'istituto della responsabilità patrimoniale a cui si è già fatto richiamo, il principio che vieta all'autonomia privata di stipulare patti sulla responsabilità patrimoniale al di fuori dei casi previsti dalla legge è stato, peraltro, messo recentemente in discussione da una parte della dottrina per arrivare ad affermare l'ammissibilità, per contro, di simili patti<sup>287</sup>.

<sup>285</sup> L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., p. 132 s.; a ben vedere, la tesi è sviluppata sulla scia delle indicazioni di R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, cit., p. 15. Aderiscono all'orientamento in parola, tra gli altri, V. ROPPO, voce *Responsabilità patrimoniale*, cit., p. 1051; C. MIRAGLIA, voce *Responsabilità patrimoniale*, cit., p. 8; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 7, *Le garanzie reali e la prescrizione*, cit., p. 7, il quale ritiene che le limitazioni obbligatorie legittimerebbero comunque il debitore ad opporsi all'esecuzione; *contra* D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 12, secondo cui la clausola limitativa potrebbe generare un effetto obbligatorio tra le parti nel senso di far nascere un obbligo di risarcimento nel caso di inosservanza del patto.

<sup>286</sup> L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., p. 131.

<sup>287</sup> G. SICCHIERO, *I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)*, in *Contr. e impr.*, 2012, 1, p. 94 ss.; v. anche ID., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 41 ss.; G. ROJAS ELGUETA, *Il rapporto tra l'art. 2645 ter c.c. e l'art. 2740 c.c.: un'analisi economica della nuova disciplina*, in *Banca borsa e tit. di cred.*, 2007, 2, p. 185 ss.; S. PAGLIANTINI, *Il debito da eccezione a regola*, in *Persona e mercato*, 2014, 2, p. 111; G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 98 s.

Si è in primo luogo osservato che l'interesse protetto dall'art. 2740, comma 2, c.c. è quello di proteggere il creditore dai comportamenti con cui il debitore si sottragga volontariamente alla propria responsabilità<sup>288</sup>. Il riferimento è ai casi in cui il debitore ponga in essere atti cui il creditore sia estraneo e che possano diminuire la responsabilità patrimoniale verso di lui, ossia atti che realizzano forme di separazione patrimoniale oltre i casi tassativamente previsti dalla legge.

Il secondo comma dell'art. 2740 c.c. dovrebbe dunque essere interpretato nel senso che, solo nei casi stabiliti dalla legge, il debitore può unilateralmente imporre limitazioni alla garanzia attraverso le forme consentite di separazione patrimoniale e che, diversamente, tali limitazioni sono comunque ammesse ove vi sia il consenso del creditore<sup>289</sup>. Per tale ragione, dovrebbero ritenersi esclusi dal divieto in parola i patti sulla responsabilità di cui sia parte o promotore il creditore stesso. Valido sarebbe, ad esempio, il patto tra debitore e creditore con cui essi convengano di concentrare le possibili azioni esecutive su alcuni beni anziché su altri ovvero a rinunciare all'azione sui beni in cambio di una garanzia di terzi<sup>290</sup>.

Con riguardo a quest'ultime tipologie di patti si è inoltre osservato che in tali casi non si discute di rinuncia alla responsabilità del debitore bensì di regolamentazione della stessa, che viene solo limitata nel suo contenuto<sup>291</sup>.

Trattandosi di contratti atipici il nodo della questione riguarda, peraltro, la sussistenza di un interesse meritevole di tutela *ex* art. 1322, comma 2, c.c.

La meritevolezza dell'interesse perseguito dai patti volti a regolare la responsabilità patrimoniale del debitore risulterebbe anch'essa, a ben vedere,

<sup>288</sup> In questo senso già D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 11 s.

<sup>289</sup> G. SICCHIERO, *I patti sulla responsabilità*, cit., p. 97. A tal proposito, G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 238 ss. ha coniato l'espressione di responsabilità patrimoniale «negoziata» per distinguerla dalle limitazioni della garanzia patrimoniale generica «imposte» ai creditori. Con la prima espressione si fa riferimento ai patti limitativi della responsabilità patrimoniale frutto di un accordo tra debitore e creditore mediante i quali il debitore sottrae alcuni beni dalla garanzia generica, ma il creditore non ne è svantaggiato poiché ottiene altre utilità. La seconda espressione, invece, indica i casi di separazione patrimoniale realizzati dal debitore ove tale potere gli è attribuito dalla legge e il creditore si trova a subire l'applicazione di un regime diverso da quello di cui all'art. 2740 c.c.

<sup>290</sup> G. SICCHIERO, *I patti sulla responsabilità*, cit., p. 97 s.

<sup>291</sup> *Ivi*, p. 98.

confermata dal dato normativo. Si pensi ad esempio alle discipline relative alla cessione dei beni ai creditori, agli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182 bis l. fall.* (art. 61 cod. crisi e ins.) e alle varie forme di concordato<sup>292</sup>.

Si è osservato che in tali ipotesi prevale la logica privatistica dell'autonomia contrattuale, essendo rimessa alla scelta dei creditori la decisione sulla convenienza o meno di questi accordi, risultando precluso un controllo nel merito da parte dell'autorità giudicante<sup>293</sup>.

Sempre in questa prospettiva, non sembra vi siano difficoltà nel consentire al creditore di negoziare in ordine alla propria prerogativa di agire esecutivamente su taluni beni del debitore anche al di fuori delle discipline concorsuali.

Più in generale, come si può transigere una vicenda che riguardi diritti disponibili, allo stesso modo si dovrebbe poter disporre del rischio che i beni, costituenti la garanzia contro l'inadempimento, possano in concreto non essere idonei al soddisfacimento del creditore<sup>294</sup>.

Anche dalle recenti disposizioni del nuovo codice della crisi e dell'insolvenza dettate in tema di esdebitazione (art. 278 ss.) emergerebbe un parziale abbandono del principio della universalità della responsabilità patrimoniale, a favore di una nuova concezione di ordine pubblico volto alla tutela del mercato<sup>295</sup>.

In adesione a questa impostazione, sembra allora ragionevole ritenere che il divieto di eccezioni alla responsabilità patrimoniale non previste dalla legge, essendo volto a proteggere il creditore, lasci impregiudicata la possibilità per quest'ultimo di concludere accordi che possano giovargli anche in relazione alla soddisfazione dei propri crediti.

È su tali basi che va allora risolto il secondo degli interrogativi che ci siamo sopra posti.

<sup>292</sup> *Ibidem*.

<sup>293</sup> G. SICCHIERO, *I patti sulla responsabilità*, cit., p. 99.

<sup>294</sup> *Ibidem*.

<sup>295</sup> Cfr. G. D'AMICO, *Responsabilità patrimoniale e procedure concorsuali "nella società del debito": oltre la tutela esclusiva del creditore*, in *Questione giustizia*, 2019, 2, disponibile in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), il quale precisa che si tratta di una contraddizione solo apparente se si considera che il principio tradizionale tutelava il singolo creditore, mentre le nuove norme tutelano l'interesse collettivo della categoria dei creditori, ossia l'interesse allo sviluppo degli affari e al massimo funzionamento del mercato.



Come si è avuto modo di illustrare, nell'ambito dell'art. 48-*bis* TUB la liberazione del debitore in caso di garanzia incapiante non solo non è espressamente prevista, ma neanche può ipotizzarsi che sia ricavabile in via interpretativa dalla disciplina complessiva dell'istituto, o, per via di estensione, dall'applicazione analogica delle norme previste per il patto marciano ai consumatori e per il prestito vitalizio ipotecario, che rispondono a *rationes* proprie non riscontrabili nella fattispecie del marciano bancario.

Deve pertanto ritenersi che essa non operi quale conseguenza né naturale né indefettibile della norma.

In questo caso, però, aderendo all'impostazione da ultimo esposta, la scelta tra un patto marciano che sia anche limitativo della responsabilità patrimoniale, ossia estintivo del debito per l'intero, e un marciano che, viceversa, lasci intatta la garanzia generica per il creditore paciscente potrebbe considerarsi rimessa all'autonomia negoziale<sup>296</sup>.

Sembra, in altre parole, ragionevole ritenere che le parti del patto marciano bancario possano validamente prevedere che, nel caso in cui il valore del debito sia superiore al valore di realizzo dell'immobile trasferito, il debitore sia liberato per l'intero, fermo restando che, in assenza di una simile pattuizione, l'effetto estintivo dovrebbe ritenersi limitato alla sola frazione del rapporto obbligatorio corrispondente all'importo realizzato, con sopravvivenza dell'obbligazione per la differenza residua<sup>297</sup>.

6. *Il procedimento di stima.* – Requisito imprescindibile per la validità della pattuizione, nonché principale elemento a tutela dell'imprenditore è la procedura di stima contenuta al comma 6. Trascorsi sessanta giorni dalla notifica della

<sup>296</sup> G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 343.

<sup>297</sup> In senso esattamente inverso v., invece, G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., p. 23, il quale muovendo dal presupposto (da noi respinto) secondo cui il trasferimento marciano previsto dall'art. 48-*bis* T.U.B. è di per sé idoneo ad estinguere per intero l'obbligazione, ammette però che tale conseguenza (che va quindi intesa come effetto naturale del patto) possa essere esclusa dalle parti con una clausola che preveda espressamente la possibilità per il creditore di agire per il credito residuo.

dichiarazione del creditore di valersi degli effetti del patto, quest'ultimo deve presentare al presidente del Tribunale una richiesta di designazione di un perito stimatore. Si tratta di un termine dilatorio la cui funzione appare incerta; in dottrina, ci si è infatti interrogati se detto termine serva a consentire al debitore (o al terzo datore o ai terzi sub-acquirenti) uno *spatium deliberandi* per contrastare la preannunciata pretesa della banca di azionare la garanzia o se invece costituisca una sorta di termine di grazia *ex lege* per permettere al debitore (o a chi per lui) di sanare la morosità già maturata ai sensi del comma 5 ed evitare, così, il trasferimento del bene conferito in garanzia al creditore<sup>298</sup>.

A mente di quanto si è detto sopra in ordine alla preclusione per il debitore di proporre – in via preventiva – un'azione che sospenda il trasferimento del diritto sul bene oggetto della garanzia e il procedimento di stima, risulta preferibile l'opinione per la quale nei sessanta giorni intercorrenti tra la notifica della dichiarazione del creditore di valersi degli effetti del patto e la richiesta al presidente del Tribunale della designazione del perito stimatore il debitore può sanare la morosità maturata al fine di evitare il trasferimento del bene al creditore.

La determinazione compiuta dal perito stimatore viene espressamente qualificata dall'art. 48-*bis* TUB come atto di arbitraggio.

La formulazione originaria della norma – che si limitava a richiamare il primo comma dell'art. 1349 c.c. comma 1, c.c., ossia il criterio dell'equo contemperamento dei contrapposti interessi –, se da un lato, escludeva, anche ai fini del tipo di tutela applicabile, la possibilità di rimettersi al mero arbitrio del terzo ai sensi del comma 2 dell'art. 1349 c.c.; dall'altro lato, lasciava aperta la possibilità di un'integrazione dei parametri di stima disposta in via pattizia. Dopo l'inserimento nella legge di conversione del d.l. n. 59 dell'inciso per cui lo stimatore procede a norma dell'art. 568 c.p.c. il richiamo all'equo arbitrio del terzo appare pleonastico<sup>299</sup>. Inoltre, la norma parrebbe ora escludere ogni possibilità per le parti di intervenire convenzionalmente sui parametri di valutazione<sup>300</sup>.

<sup>298</sup> In questi termini si interroga C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese*, cit., p. 1459 s.

<sup>299</sup> N. BERNARDI, *Il nuovo patto marciano*, cit., p. 561.

<sup>300</sup> *Ivi*, p. 1460; sul punto cfr. anche S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori*, cit., p. 1086.

Quanto poi ai criteri di stima, l'immobile deve essere stimato avendo riguardo al suo valore di mercato, alla luce degli elementi forniti dalle parti e delle cognizioni del perito. Quest'ultimo deve calcolare la superficie dell'immobile, specificando quella commerciale, e il valore per metro quadrato e complessivo, esponendo analiticamente adeguamenti e correzioni della stima, compresa la riduzione praticata per via dell'assenza della garanzia per i vizi del bene venduto<sup>301</sup>.

La stima compiuta dal perito nominato dal presidente del Tribunale deve poi essere comunicata al debitore, al terzo datore e ai terzi titolari di diritti sull'immobile: legittimati ad impugnare la valutazione che sia manifestamente iniqua od erronea e a domandarne la sostituzione con una stima giudiziale a norma dell'art. 1349, comma 1, c.c. saranno senz'altro il debitore e il terzo concedente la garanzia, quali parti dell'accordo traslativo.

In assenza di espresse indicazioni normative, controverso è se i titolari di diritti subvalenti, nell'inerzia del debitore o del terzo datore, possano agire per contestare l'atto di arbitraggio e, in caso affermativo, in che modo.

Sul punto deve osservarsi che il comma 7 della norma in commento, nel descrivere gli effetti dell'impugnazione, menziona soltanto il debitore che contesti la stima; se ne desume che i titolari di diritti subvalenti potranno servirsi esclusivamente degli strumenti di tutela ordinari, ossia della domanda di annullamento della stima come atto di arbitraggio promossa in via surrogatoria ai sensi dell'art. 2900 c.c. Più precisamente, coloro che hanno iscritto ipoteca sul bene dopo la trascrizione del patto sono evidentemente creditori del debitore o del terzo datore, e possono dunque agire in surrogatoria in quanto l'inerzia dell'obbligato nell'attivarsi contestando la stima pregiudichi la realizzazione del loro credito; la posizione creditoria idonea a legittimare i terzi sub-acquirenti o titolari di diritti reali di godimento subvalenti sul bene a sostituirsi *ex art. 2900 c.c.* al debitore (o al terzo concedente) nell'impugnare la valutazione del perito stimatore sembra, invece, ravvisabile solo come credito risarcitorio e/o restitutorio derivante da evizione (art. 1483 c.c.)<sup>302</sup>.

<sup>301</sup> S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori*, cit., p. 1086.

<sup>302</sup> Così C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese*, cit., p. 1460; nello stesso senso S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori*, cit., p. 1087.

I destinatari della comunicazione possono, poi, entro dieci giorni dalla medesima comunicazione, inviare note al perito; in tal caso quest'ultimo, nei successivi dieci giorni, effettua una nuova comunicazione della relazione, rendendo eventuali chiarimenti.

Con l'espressione «chiarimenti» devono intendersi, oltre che mere spiegazioni e delucidazioni in ordine alle risultanze peritali e alla metodologia adottata, anche le modifiche ovvero le integrazioni dell'elaborato nei casi in cui il perito sia incorso in errori di calcolo o dimenticanze<sup>303</sup>.

Il comma 7 dell'art. 48-*bis* precisa inoltre che, ove il debitore contesti la stima, il creditore ha comunque diritto di avvalersi degli effetti del patto e che l'eventuale fondatezza della contestazione incide semplicemente sulla differenza da versare al titolare del diritto reale immobiliare. La precisazione è con tutta probabilità diretta a prevenire in radice iniziative cautelari infondate, volte a paralizzare temporaneamente l'efficacia del trasferimento in proprietà a fronte della sola impugnazione della stima effettuata ai sensi dell'art. 1349, primo comma, c.c.<sup>304</sup>.

L'iter procedimentale attivato dal creditore per l'acquisto del bene in garanzia si conclude, alternativamente, o con la comunicazione al creditore della stima da parte del perito nominato dal presidente del Tribunale, se il valore del bene è inferiore all'importo del credito; ovvero con il pagamento al debitore (o al terzo datore) della differenza tra l'ammontare del credito garantito, con accessori, e il valore del bene. Con riguardo a quest'ultima ipotesi, come ampiamente illustrato nel capitolo precedente, è consustanziale alla struttura stessa del patto marcano la previsione circa il diritto del creditore, in caso di inadempimento del debitore, di avvalersi degli effetti del patto a condizione che al proprietario sia corrisposta l'eventuale differenza tra il valore di stima del diritto e l'ammontare del debito

<sup>303</sup> S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori*, cit., p. 1087.

<sup>304</sup> C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese*, cit., p. 1460. Sul punto cfr. anche S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela*, cit., p. 1087, il quale rileva come sarebbe stato più opportuno, per accelerare ulteriormente i tempi della procedura, stabilire in prima battuta la designazione del perito su accordo delle parti e solo in mancanza di intesa la nomina giudiziale.

inadempito e delle spese di trasferimento<sup>305</sup>. In tale ottica, il comma 8 dell'art. 48-*bis* prevede che il contratto di finanziamento o la sua successiva modificazione debbano contenere l'espressa previsione di un apposito conto corrente bancario senza spese, intestato al titolare del diritto reale immobiliare, sul quale il creditore deve accreditare l'importo pari alla differenza tra il valore di stima e l'ammontare del debito inadempito<sup>306</sup>.

Ai fini pubblicitari connessi all'annotazione di cancellazione della condizione sospensiva *ex* art. 2668, comma 3, c.c., il creditore, anche in via unilaterale, rende nell'atto notarile di avveramento della condizione una dichiarazione con cui attesta l'inadempimento del debitore a norma del quinto comma<sup>307</sup>. La norma in commento richiede altresì che in allegato alla dichiarazione del creditore si produca un estratto autentico delle scritture contabili di cui all'art. 2214 c.c.

Il comma 9 della norma in esame fa il paio con la disposizione del comma 13, il quale impone di trascrivere anche il mancato verificarsi della condizione alla quale fa seguito l'estinzione dell'obbligazione garantita, e dunque il riacquisto da

<sup>305</sup> Cfr. *supra*, Cap. I, § 8. Merita ricordare che la previsione della restituzione dell'eventuale *surplus* al debitore è da tempo adottata dal nostro legislatore concorsuale in materia di *leasing*. Ed invero, tanto nel fallimento (art. 72-*quater*, c. 2, l. fall.; art. 182, comma 2, cod. crisi e ins.) quanto nel concordato preventivo (art. 169-*bis*, ultimo comma, l. fall.; art. 102, comma 13, cod. crisi e ins.) è stabilito che il concedente quandanche ha diritto alla restituzione del bene in caso di scioglimento del contratto è tenuto a versare alla curatela (o al debitore in concordato) la differenza fra la maggior somma ricavata dalla vendita del bene stesso rispetto al residuo credito in linea capitale.

<sup>306</sup> C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese*, cit., p. 1460 s.

<sup>307</sup> Nonostante nel testo risultante dalla legge di conversione si richiami espressamente l'art. 2668, comma 3, c.c., la disposizione in parola introduce in realtà una deroga alla regola generale dettata proprio dal medesimo comma 3, riguardo agli adempimenti pubblicitari che seguono l'avveramento della condizione sospensiva. Ai sensi di tale norma, infatti, la condizione sospensiva annotata dal conservatore all'atto della trascrizione del titolo di acquisto condizionato (cfr. art. 2659, comma 2) deve essere oggetto di cancellazione quando l'avverarsi dell'evento risulta con sentenza passata in giudicato o da dichiarazione, anche unilaterale, della parte in danno della quale la condizione sospensiva si è verificata, ossia nei casi di alienazione sospensivamente condizionata, dell'alienante *sub condizione*; per evitare di dover ottenere il rilascio di una dichiarazione del debitore, in veste di alienante sotto condizione, o, in difetto, richiedere una sentenza irrevocabile, l'art. 48-*bis*, comma 9, affida, alla banca stessa, il compito di attestare alla Conservatoria l'avverarsi della condizione. Sul punto v. C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese*, cit., p. 1460.

parte del titolare della piena proprietà dell'immobile già concesso in garanzia. Dal momento che manca tra gli atti da trascrivere un riferimento all'ipotesi del mancato avveramento della condizione sospensiva (l'art. 2668, comma 3, c.c. menziona solo l'avveramento e la «mancanza» della condizione) la previsione in parola risulta senz'altro opportuna<sup>308</sup>.

7. *Effetti e trascrizione del patto marciano*. – Il patto di cui all'art. 48-bis TUB è soggetto a trascrizione. La trascrizione del patto produce gli effetti di cui all'art. 2855 c.c., avendo riguardo, in luogo del pignoramento, alla notificazione della dichiarazione di cui al comma 5 (art. 48-bis, comma 13-ter).

La nota di trascrizione deve indicare gli elementi previsti dai numeri 4), 5) e 6) del comma 2 dell'art. 2839 c.c., vale a dire: l'importo della somma per cui la trascrizione del patto è eseguita, gli interessi e le annualità che il credito produce, il tempo della esigibilità del credito<sup>309</sup>.

Nel caso in cui il creditore marciano sia l'unico creditore, la trascrizione collocherà nello stesso grado di prelazione il capitale, gli accessori, le spese di trasferimento e tutti gli ulteriori costi dell'operazione (commissioni, perizia etc.), in virtù di quanto prescritto al comma 8 laddove il valore di stima risulti superiore all'ammontare del debito (residuo) rimasto inadempito<sup>310</sup>.

<sup>308</sup> *Ivi*, p. 1461 s.

<sup>309</sup> Secondo C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese*, cit., p. 1455, poiché la prelazione (*rectius*: la preferenza) accordata al creditore-acquirente condizionato si mantiene entro i limiti dell'art. 2855 c.c., cui espressamente rinviano i commi 13-bis e 13-ter dell'art. 48-bis, l'omessa indicazione della somma (che potrà essere anche inferiore al credito garantito, costituendo la soglia massima di operatività della prelazione) renderà di fatto impossibile la trascrizione o, se eseguita, ne determinerà la nullità, e dunque la inopponibilità della cessione in garanzia agli altri creditori e ai terzi che abbiano successivamente acquistato diritti sul bene; l'omessa specificazione, nella nota, del carattere fruttifero del credito, invece, ne escluderà del tutto l'estensione della prelazione agli accessori del credito (art. 2855, comma 2, c.c.); quanto al tempo della esigibilità del credito, si tratta di una indicazione richiesta per una migliore informazione dei terzi, ma non prescritta a pena di nullità, a meno che non ingeneri incertezza sul credito (arg. ex art. 2841 c.c.).

<sup>310</sup> S. PAGLIANTINI, *Spigolando intorno all'art. 48 bis*, cit., p. 1719.

Nel caso in cui invece vi siano anche altri creditori, se corrisponde al vero che la prelazione formalmente include il capitale, gli interessi convenzionali per tre annualità e le spese di intervento, l'equiparazione normativa tra la data del pignoramento (art. 2855 c.c.) e quella della comunicazione di volersi avvalere del patto (comma 5) non risolve il caso in cui il trasferimento dell'immobile si perfezioni stragiudizialmente<sup>311</sup>. Ed invero, mentre il comma 10 fa da cornice al caso di un trasferimento disposto giudizialmente nel corso di una procedura esecutiva individuale o concorsuale<sup>312</sup>, quando la banca agisca in autotutela, la legge non detta nessuna previsione sul procedimento di graduazione, anche extragiudiziale, che consenta di contenere la preferenza accordata alla banca<sup>313</sup>.

Una volta debitamente trascritto, il trasferimento sospensivamente condizionato all'inadempimento prevale, nei casi in cui il finanziamento sia garantito da ipoteca, sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite successivamente all'iscrizione ipotecaria. Si tratta di un effetto prenotativo dell'iscrizione idoneo a mettere al riparo il patto marciano dalle trascrizioni o iscrizioni effettuate successivamente all'iscrizione dell'originaria ipoteca, ma prima della stipula del patto<sup>314</sup>. Tale effetto non sembra legato a particolari limiti temporali, come avviene

<sup>311</sup> *Ibidem*.

<sup>312</sup> V. *infra*, § 9.

<sup>313</sup> Come è noto, salvo il caso in cui il bene ceduto in garanzia venga sottoposto ad esecuzione immobiliare ad iniziativa di altri creditori o venga appreso alla procedura concorsuale, la semplice presenza di una pluralità di creditori non determina di per sé l'apertura di un giudizio di graduazione tra essi dopo il trasferimento del bene. Nel caso di auto-soddisfacimento della banca finanziatrice, dunque, non vi sarebbe modo per i terzi creditori di contenere la preferenza accordata dall'art. 48-*bis* TUB allo stesso istituto entro i limiti del capitale, più spese di intervento e interessi per le tre annualità, concorrendo poi con esso in pari grado per l'importo residuo rispetto al prezzo complessivo del bene; sul punto v. C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese*, cit., p. 1462.

<sup>314</sup> La norma nulla dispone per il caso dell'immobile gravato da precedenti iscrizioni ipotecarie di altri creditori. Nel silenzio della norma sul punto deve concludersi per l'inefficacia dell'effetto traslativo di cui alla convenzione marciana bancaria in virtù dell'esercizio del diritto di riscatto ogniquale, ad esempio, l'immobile faccia parte dell'azienda esercitata da un'impresa familiare (art. 230-*bis*, comma 5, c.c.), oppure rientri nella quota oggetto di alienazione a terzi ad opera del coerede (c.d. retratto successorio: art. 732 c.c.); o ancora, quando si tratti di immobili soggetti a particolari vincoli storico-artistici e lo Stato eserciti la prelazione. Sul punto cfr. S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori*, cit., p. 1085 s. e C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese*, cit., p. 1456.

invece nel caso di trascrizione del preliminare; questo ha portato una dottrina a concludere che, sul piano temporale, la sua validità sarà pari alla validità temporale della garanzia ipotecaria, ossia venti anni. L'iscrizione dell'ipoteca, dunque, realizzerà un effetto prenotativo del successivo patto *ex art. 48-bis* di durata ventennale<sup>315</sup>.

Alla luce dell'equiparazione alla prelazione ipotecaria della preferenza accordata alla banca finanziatrice disposta dai commi 13-*bis* e 13-*ter*, il meccanismo della retrodatazione degli effetti dell'alienazione in garanzia al tempo dell'ipoteca originaria opera diversamente nei confronti dei terzi titolari di diritti subvalenti, da un lato, e di coloro che abbiano acquistato sul bene una garanzia reale, dall'altro. Segnatamente, la prevalenza sui terzi sub-acquirenti fa sì che, col perfezionarsi dell'effetto traslativo in favore della banca, il terzo sia destinato a perdere il suo diritto sull'immobile concesso in garanzia. Diversamente, i creditori ipotecari di grado successivo conserveranno il loro diritto di soddisfarsi sul valore dell'immobile<sup>316</sup>.

<sup>315</sup> N. BERNARDI, *Il nuovo patto marciano*, cit., p. 559 s.; S. CAMPOLATTARO, *Fenomenologia del patto marciano*, cit., p. 604; *contra* G. ORLANDO, *Alienazione attuativa della garanzia*, cit., p. 1734 s. e N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano*, cit., p. 1014 ss. secondo il quale «si è parlato in proposito di una efficacia “prenotativa” dell'ipoteca ma, se si accede all'idea che il meccanismo negoziale dell'art. 48-*bis* t.u.b. integra sia una parte di regolamento che assolve alla funzione di garanzia sia una parte che svolge la funzione solutoria, non resta che dedurre che, in ipotesi di preesistenza dell'ipoteca, la funzione di garanzia della alienazione condizionata finisce con l'essere sostanzialmente assorbita dalla (o, se si preferisce, con il sovrapporsi alla) preesistente ipoteca. In altre parole, l'effetto di prelazione è assicurato dall'ipoteca, e proprio questo giustifica la prevalenza del patto sulle trascrizioni e iscrizioni successive all'ipoteca stessa: per gli altri creditori o aventi causa, infatti, l'operare del marciano risulta funzionalmente alternativo al pignoramento del bene e all'avvio del processo esecutivo senza che essi possano lamentare la lesione di interessi meritevoli di tutela». Sulla causa del patto marciano in discorso v. *infra*, Cap. III, § 8.

<sup>316</sup> Così C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese*, cit., p. 1457; secondo l'Autore, illegittima sarebbe ogni interpretazione che annullasse, di fatto, tale loro diritto, attribuendo alla sostituzione dell'originario contratto di credito con un finanziamento *ex art. 48-bis* una sorta di effetto purgativo rispetto alle iscrizioni posteriori all'ipoteca originaria della banca. Cfr. in senso analogo anche S. PAGLIANTINI, *Spigolando intorno all'art. 48 bis*, cit., p. 1720, il quale rileva, tuttavia, come non pronunciandosi l'art. 48-*bis* sulla graduazione e sulle modalità di versamento di detto supero ai



La formulazione del quarto comma sembra poi presupporre, affinché l'alienazione condizionata si retrodati alla precedente ipoteca, una coincidenza tra il diritto reale oggetto della prima garanzia ipotecaria e il diritto reale successivamente ceduto con la modifica del contratto di finanziamento<sup>317</sup>. Nondimeno, non dovrebbe escludersi la possibilità che il diritto successivamente trasferito abbia un contenuto più ridotto rispetto a quello sul quale sia stata concessa ipoteca (per es., l'ipoteca è stata concessa su un intero complesso immobiliare e l'alienazione in garanzia viene fatta per una parte di esso, oppure per il solo usufrutto), quando il minor diritto ceduto in garanzia sia comunque capiente rispetto all'importo del credito residuo, e la banca creditrice, per effetto del meccanismo dalla cessione in garanzia, sia comunque in grado di soddisfarsi nel caso di inadempimento del debitore<sup>318</sup>.

8. (*segue*) *cumulabilità tra ipoteca e patto marciano*. – Ci si è poi chiesti se i contratti di finanziamento sottoscritti successivamente all'entrata in vigore del Decreto Banche possano essere garantiti, cumulativamente, da una ipoteca e dal trasferimento condizionato *ex* art. 48-*bis* TUB in relazione al medesimo immobile<sup>319</sup>.

Le ragioni che fanno sorgere il dubbio in ordine alla cumulabilità dei due strumenti di garanzia sono principalmente due.

creditori postergati pare plausibile pensare ad una plusvalenza da consegnare al debitore obbligato e non ai creditori. Sul punto, l'Autore rileva condivisibilmente come la natura stragiudiziale della vendita escluda l'interpretazione estensiva dell'art. 2812 c.c.

<sup>317</sup> Sul punto cfr. N. BERNARDI, *Il nuovo patto marciano*, cit., p. 560.

<sup>318</sup> C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese*, cit., p. 1456, secondo il quale una tale eventualità sarebbe da tenere in considerazione nel caso di accordi di ristrutturazione del debito, quando la conservazione dell'intera garanzia ipotecaria appaia eccessiva rispetto all'importo attuale del credito residuo da garantire.

<sup>319</sup> In prima battuta la possibile sovrapposizione tra le due tutele pareva destinata a venire in rilievo soltanto in ipotesi di rinegoziazione di mutui ipotecari già conclusi al momento dell'entrata in vigore della nuova disciplina. Ben presto, si è tuttavia prospettata la possibilità che, anche in sede di primo finanziamento, si proceda dapprima all'iscrizione ipotecaria e poi si aggiunga la previsione dell'alienazione condizionata.

Il quarto comma dell'art. 48-*bis* TUB, pur prevedendo la possibilità di innestare il meccanismo marciano in un contratto già garantito da ipoteca, da un lato, non precisa qual è l'effetto di questo inserimento sulla garanzia preesistente (ossia se la «sostituisca» o se si «aggiunga» alla stessa); dall'altro, non contempla in alcun punto – diversamente da quanto previsto, invece, per il meccanismo marciano di cui all'art. 120-*quinquiesdecies* TUB<sup>320</sup> – la possibilità, per le parti, di prevedere le due garanzie fin dal perfezionamento del contratto<sup>321</sup>.

Un altro argomento invocato a favore dell'alternatività tra i due strumenti di garanzia si fonda sull'esigenza di tutela del debitore dal rischio di un «eccesso» o «abuso» «di garanzia» da parte del creditore<sup>322</sup>.

Muovendo poi dal tenore del menzionato comma 13-*bis* dell'art. 48-*bis*, ai sensi del quale «ai fini del concorso tra i creditori, il patto a scopo di garanzia di cui al comma 1 è equiparato all'ipoteca», i sostenitori della tesi negativa rilevano come questa disposizione paia avere un senso soltanto nell'ipotesi in cui, a fronte della patologia del rapporto, non si giunga al trasferimento solutorio e, quindi, il marciano non operi, ad esempio, a causa della mancanza del presupposto dell'inadempimento qualificato di cui al quinto comma, ovvero in seguito alla scelta del creditore di non avvalersi dello strumento di autotutela. Secondo l'opinione in discorso, nel caso di operatività del patto marciano un problema di concorso tra i creditori non sarebbe tecnicamente prospettabile: in questo caso, l'appropriazione del bene da parte del creditore farebbe sì che la prelazione sia nella sostanza realizzata proprio mediante la sottrazione del bene al concorso che,

<sup>320</sup> Cfr. *supra*, Cap. I, § 13.

<sup>321</sup> G. ORLANDO, *Alienazione attuativa della garanzia*, cit., p. 1732.

<sup>322</sup> E. BRODI, *Brevi note sull'utilizzabilità dell'art. 48-bis t.u.b.*, cit., p. 11, nota 31. Il tema è di estrema attualità in quanto, com'è noto, Cass., 5 aprile 2016, n. 6533 in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 9, p. 1183 e ss. con nota di V. BELLOMIA, *Nuove prospettive in tema di ipoteca giudiziale eccessiva e responsabilità aggravata del creditore*; in *Imm. e propr.*, 2016, 12, p. 725 ss. con nota di A. CELESTE, *Responsabilità aggravata del creditore per ipoteca giudiziale oltre il valore della cautela tra abuso del diritto e giusto processo*, rivendendo il proprio orientamento consolidato, ha sancito la responsabilità ex art. 96, comma 2, c.p.c. del creditore che non abbia usato la normale diligenza (e prudenza) nell'iscrivere ipoteca giudiziale sui beni per un valore proporzionato rispetto al credito garantito, secondo i parametri individuati nella legge (artt. 2875 e 2876 c.c.), così ponendo in essere un abuso del diritto della garanzia patrimoniale in danno del debitore.

al più, potrà rivivere tra gli altri creditori in caso di restituzione al debitore dell'eventuale esubero. Se dunque il comma 13-*bis* è volto a presidiare l'ipotesi nella quale il concorso tra i creditori si verifichi e il marciano non operi, deve dedursi che quella disposizione serva solo a considerare l'alienazione condizionata (anche ineseguita) quale vera e propria causa di prelazione, parificandola sotto questo profilo all'ipoteca<sup>323</sup>.

La tesi non è persuasiva.

A seguito degli emendamenti introdotti in sede di conversione in legge del d.l. n. 59, a mente dei quali «fatti salvi gli effetti dell'aggiudicazione, anche provvisoria, e dell'assegnazione, la disposizione di cui al periodo precedente si applica anche quando l'immobile è sottoposto ad espropriazione forzata in forza di pignoramento trascritto prima della trascrizione del patto di cui al comma 1, ma successivamente all'iscrizione dell'ipoteca; in tal caso, si applica il comma 10», l'accordo che converte l'originario contratto di credito in un finanziamento ai sensi dell'art. 48-*bis*, e sostituisce l'originaria ipoteca con la proprietà condizionata in funzione di garanzia, può ora intervenire – in deroga agli artt. 2913 e 2914 c.c. – anche dopo l'avvio di una procedura esecutiva sull'immobile dato in garanzia, purché prima della pronuncia del decreto di vendita, di aggiudicazione o di assegnazione; la primitiva ipoteca deve, in ogni caso, essere stata iscritta prima dell'avvio della procedura<sup>324</sup>.

La previsione in parola, consentendo alle banche (già) creditrici dell'esecutato di convertire *quoad effectum* la (preesistente) garanzia ipotecaria in una alienazione condizionata da farsi valere con l'assegnazione del bene nell'ambito dello stesso processo esecutivo, senza pregiudizio per gli altri creditori, ha una chiara funzione acceleratoria delle esecuzioni immobiliari in corso. Segnatamente, in presenza di iscrizioni ipotecarie di grado diverso, tutti i creditori ricevono soddisfazione nell'ambito della procedura esecutiva immobiliare, e i creditori ipotecari di grado successivo concorrono sul ricavato della vendita forzata detratto quanto assegnato

<sup>323</sup> N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano*, cit., p. 1017 s. il quale auspica che, anche con il contributo della giurisprudenza, possa sancirsi la sufficienza della alienazione condizionata per gestire sia la fase di garanzia sia quella di eventuale pagamento.

<sup>324</sup> In argomento v. *infra*, § 7.

al creditore ipotecario di grado anteriore, nei limiti dell'art. 2855 c.c.<sup>325</sup>. Analogamente dovrebbe accadere nel caso di alienazione in garanzia *ex art. 48-bis* conclusa da una banca (già) titolare di ipoteca sull'immobile pignorato; in questo caso, la banca diviene proprietaria condizionata in conseguenza di un accordo modificativo del precedente rapporto di credito concluso dopo il pignoramento, ma gli effetti del suo acquisto – che supera, di fatto, la fase liquidativa della procedura – non alterano la graduazione dei crediti né rispetto agli ipotecari di grado successivo, che conservano il loro diritto di concorrere sul ricavato dalla vendita forzata al netto di quanto assegnato alla stessa banca acquirente condizionata, né rispetto ai prelazionari di grado anteriore, che sarebbero comunque saldati dalla banca acquirente ai sensi del comma 10<sup>326</sup>.

L'opinione secondo la quale in caso di operatività del patto marciano un problema di concorso tra i creditori non sarebbe tecnicamente prospettabile non è, dunque, fondata.

A favore della generale ammissibilità del cumulo delle due garanzie va richiamato l'interesse del creditore a realizzare un assetto di garanzie idoneo a coprire in modo «completo» le diverse situazioni relative alla fase patologica del rapporto. Ed invero, la diversità dei «presupposti di integrazione» dei due strumenti – escutibilità dell'ipoteca ed efficacia del trasferimento in garanzia *ex art. 48-bis* – mostra chiaramente come le rispettive aree di applicazione non siano perfettamente sovrapponibili<sup>327</sup>. Ad esempio, in quanto attuativo della garanzia, il trasferimento *ex art. 48-bis* risulta subordinato ad un inadempimento «qualificato» secondo presupposti oggettivi ben definiti dal legislatore ed è soggetto ad una specifica rigida procedura; l'ipoteca, invece, può essere escussa al ricorrere di un qualsiasi inadempimento definitivo, eventualmente anche a condizioni di «gravità» liberamente stabilite dalle parti meno rigorose rispetto a quelle previste dall'art. 48-*bis* o comunque per eventi diversi<sup>328</sup>.

<sup>325</sup> C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese*, cit., p. 1457 s.

<sup>326</sup> *Ibidem*.

<sup>327</sup> L'osservazione è di G. ORLANDO, *Alienazione attuativa della garanzia*, cit., p. 1733.

<sup>328</sup> D. MARI, *Il patto marciano*, cit., p. 1123 ss.; in senso affermativo seppure solo sul piano teorico anche N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano*, cit., p. 1015 ss.

Deve dunque ritenersi legittima la scelta del creditore di cumulare i due strumenti al fine di rafforzare la propria garanzia patrimoniale per le diverse ipotesi – anche sopravvenute e relative alle condizioni economiche di una sola delle due parti – che possono verificarsi durante l'esecuzione del rapporto contrattuale<sup>329</sup>.

La generale compatibilità «funzionale» tra le due forme di garanzia è dimostrata dall'art. 125-*quinquiesdecies* T.U.B., rispetto al quale non si individuano ragioni di differenziazione rispetto all'ipotesi in esame; non sembra infatti che le qualità soggettive delle parti considerate dalle due fattispecie normative siano idonee a giustificare, per il profilo in esame, una diversità di disciplina<sup>330</sup>.

Quanto, infine, al paventato rischio di un «eccesso» (o «abuso») delle garanzie, la dottrina in parola ha condivisibilmente obiettato come la valutazione dell'eccesso del valore garantito o della quantità dei beni oggetto di garanzia attenga in realtà ad un piano diverso rispetto a quello relativo al «concorso», nella medesima operazione, di una pluralità di strumenti di garanzia. Per tale ragione, la prova dell'eccesso non può essere desunta, *sic et simpliciter*, dalla mera previsione del loro «cumulo», dovendo piuttosto essere oggetto di una valutazione che riguarda specificamente l'«eccesso» dei mezzi di garanzia impiegati dal creditore<sup>331</sup>.

Tutto ciò premesso, non riscontrandosi regole specifiche o principi generali che impediscano la cumulabilità tra ipoteca e alienazione in attuazione della garanzia di cui all'art. 48-*bis* TUB, deve ritenersi preferibile la tesi che ammette la cumulabilità originaria e successiva delle due garanzie.

#### 9. Esecuzione forzata e fallimento del titolare del diritto reale sull'immobile trasferito. –

Ai sensi dei commi da 10 a 12 dell'art. 48-*bis*, in linea generale, è fatta salva l'operatività del contratto di alienazione condizionata di cui al medesimo articolo anche nel caso dell'avvio di una procedura esecutiva individuale sull'immobile concesso in garanzia ovvero dell'apertura di una procedura concorsuale a carico del soggetto finanziato.

<sup>329</sup> G. ORLANDO, *Alienazione attuativa della garanzia*, cit., p. 1733.

<sup>330</sup> *Ibidem*.

<sup>331</sup> G. ORLANDO, *Alienazione attuativa della garanzia*, cit., p. 1734.

Con riguardo al primo caso, deve anzitutto rilevarsi che il bene immobile oggetto della garanzia può essere sottoposto ad esecuzione forzata per espropriazione da parte degli altri creditori, nell'intervallo di tempo che va dalla conclusione del contratto di alienazione condizionata, o meglio, dalla sua trascrizione quale condizione per l'opponibilità ai creditori concorrenti, fino al perfezionarsi della fattispecie traslativa del marcano in parola<sup>332</sup>. Inoltre, come visto in precedenza, il contratto previsto dall'art. 48-*bis* può, avere ad oggetto un immobile già pignorato, se la banca finanziatrice è titolare di ipoteca iscritta anteriormente<sup>333</sup>.

In questi casi, ai sensi del citato comma 10, l'accertamento dell'inadempimento del debitore è compiuto, su domanda del creditore, direttamente dal giudice dell'esecuzione previa valutazione dell'immobile effettuata da uno stimatore nominato nel processo esecutivo. Più precisamente, il giudice dell'esecuzione provvede all'accertamento dell'inadempimento con ordinanza, fissando il termine entro in quale il creditore deve versare una somma non inferiore alle spese di esecuzione e, se vi sono, ai crediti aventi un diritto di prelazione anteriore al suo ovvero pari all'eventuale differenza tra il valore di stima del bene immobile e l'ammontare del debito inadempito<sup>334</sup>.

A fronte della natura ostativa al compimento delle operazioni di vendita od all'assegnazione ad altri creditori dell'immobile della domanda di trasferimento, nel silenzio della norma sul punto deve ritenersi che spetterà all'ufficio notificare l'istituto di credito della pendenza della procedura esecutiva sul bene onde porlo nelle condizioni di presentare istanza di trasferimento ai sensi del comma 10<sup>335</sup>.

<sup>332</sup> C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese*, cit., p. 1464.

<sup>333</sup> V. *supra*, § 7.

<sup>334</sup> La norma nulla dispone circa la necessità per la banca di effettuare, anche in questa ipotesi, la dichiarazione di volersi valere della garanzia. Secondo C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese*, cit., p. 1464 tale incombente sarebbe escluso dal fatto che in questo caso, realizzandosi l'effetto traslativo con provvedimento giudiziale, la tutela dei terzi titolari di diritti sul bene avviene direttamente nell'ambito del processo esecutivo.

<sup>335</sup> *Ibidem*, salvo si ritenga di applicare in via analogica l'art. 498 c.p.c. sull'avviso ai creditori iscritti.

La norma in commento non prevede alcun limite temporale all'operatività del patto nell'esecuzione forzata<sup>336</sup>. Sul punto occorre rilevare come realizzandosi l'attuazione della garanzia marciaria, nel caso in esame, necessariamente *ope iudicis*, attraverso un provvedimento che accerti il verificarsi dell'evento condizionante dell'inadempimento del debitore, e non essendo immaginabile un provvedimento di trasferimento a favore della banca finanziatrice, successivo ad un precedente decreto *ex art.* 586 c.p.c. a favore di un terzo soggetto, i cui effetti vengano caducati dal perfezionarsi, col secondo provvedimento, dell'acquisto al creditore *ex art.* 48-*bis* TUB, deve ritenersi che l'istanza di trasferimento ai sensi del comma 10 dovrà essere rivolta al giudice dell'esecuzione non oltre l'ultimazione della fase espropriativa della procedura<sup>337</sup>.

Venendo ora alla modalità di realizzazione della garanzia prevista dall'art. 48-*bis* in sede esecutiva, essa è simile a quella dell'assegnazione-vendita disciplinata dall'art. 506 c.p.c.: il giudice dell'esecuzione fissa dapprima il termine entro il quale il creditore deve versare una somma non inferiore alle spese di esecuzione e, se vi siano, ai crediti aventi diritto di prelazione anteriore a quello della banca<sup>338</sup> ovvero

<sup>336</sup> La previsione contenuta nel comma 4 dell'art. 48-*bis*, sulla prevalenza del trasferimento sospensivamente condizionato sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite successivamente all'iscrizione ipotecaria nel caso di immobile sottoposto ad espropriazione forzata, è infatti specificamente riferita all'ipotesi della conversione dei contratti di credito in corso al momento dell'entrata in vigore della legge in contratti di finanziamento con patto marciario *ex art.* 48-*bis* TUB.

<sup>337</sup> C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese*, cit., p. 1465.

<sup>338</sup> *Ibidem*. Questa formula («crediti aventi diritto di prelazione anteriore a quello dell'istante») appariva di difficile collocazione nel contesto di una garanzia che, per come era concepita nel testo originario dell'art. 48-*bis* TUB, attribuiva alla banca il diritto di integrale soddisfo sul valore di un bene. Ed in effetti, un creditore che ha diritto di soddisfarsi in via esclusiva sul prezzo del bene dato in garanzia non ha evidentemente sopra di sé altri creditori, neppure i titolari di privilegio speciale immobiliare: i creditori ipotecari che abbiano iscritto ipoteca prima della trascrizione del patto *ex art.* 48-*bis* sono creditori di grado anteriore rispetto alla banca finanziatrice che hanno anche il diritto di far vendere l'immobile come libero, il che evidentemente esclude l'operatività stessa della garanzia marciaria. Successivamente alle modifiche introdotte nella legge di conversione, e per effetto dell'equiparazione della garanzia marciaria all'ipoteca, i «crediti aventi diritto di prelazione anteriore a quello dell'istante» si identificherebbero ora, oltre che nei crediti per spese di giustizia, nei crediti assistiti da privilegio speciale immobiliare, che prevalgono sui crediti ipotecari (art. 2748, comma 2, c.c.).

pari all'eventuale differenza tra il valore di stima del bene e l'ammontare del debito inadempito; quindi, avvenuto il versamento, dà atto del trasferimento con decreto che viene trascritto in conservatoria.

Il meccanismo di attuazione del trasferimento condizionato nel processo esecutivo, delineato dal comma 10, è rimasto immutato anche dopo l'introduzione nel testo dell'art. 48-*bis* dei commi 13-*bis* e 13-*ter*, i quali, come si è già avuto modo di illustrare, a tutela dei terzi creditori, hanno espressamente contenuto la preferenza accordata alla banca finanziatrice entro i limiti stabiliti dall'art. 2855 c.c.<sup>339</sup>. Ciò ha prodotto un difetto di coordinamento tra il comma 10 – che attribuisce alla banca finanziatrice tendenzialmente tutto il valore del bene concesso in garanzia, al netto, eventualmente, delle spese di giustizia e dei pochi crediti di grado anteriore – e il comma 13-*ter*, che, al contrario, ammette al privilegio il credito della banca solo per capitale, spese di intervento nell'esecuzione, interessi convenzionali entro le tre annualità e interessi legali fino alla data della vendita.

Tale discrepanza ha condotto una dottrina ad integrare in via analogica ovvero a correggere le previsioni del comma 10 con le regole sull'assegnazione. Più precisamente, se i crediti concorrenti sono tutti di grado anteriore a quello della banca, questa dovrà versare nelle forme previste dall'art. 162 disp. att. c.p.c. i relativi importi, che formeranno poi oggetto del riparto; se invece vi sono altri creditori e il valore dell'immobile ceduto in garanzia supera l'importo del credito della banca assegnataria, lo stesso istituto dovrà provvedere a versare anche la differenza per la parte del suo credito per interessi non coperta dalla prelazione ipotecaria, e sul totale della somma si aprirà il concorso nel rispetto dell'art. 2855 c.c.<sup>340</sup>.

La disciplina sin qui descritta si applica, in quanto compatibile, anche quando il diritto reale immobiliare oggetto del patto di trasferimento è sottoposto ad

<sup>339</sup> Cfr. *supra*, § 9.

<sup>340</sup> C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese*, cit., p. 1466.



esecuzione a norma del d.P.R. n. 602 del 1973 sulla riscossione delle imposte sui redditi (Irpef, Ires ed Iri), ai sensi del comma 11 dello stesso articolo<sup>341</sup>.

Come accennato in apertura, le norme sull'esecuzione individuale sono richiamate, altresì, per il caso del fallimento del debitore, ferma la previa ammissione della banca al passivo fallimentare in ossequio al principio di cui all'art. 52 l. fall (art. 156 cod. crisi e ins.). Segnatamente, la banca finanziatrice è tenuta a fare istanza di assegnazione al giudice delegato, il quale provvede a norma dell'art. 48-*bis*, comma 10, sentiti il curatore e il comitato dei creditori<sup>342</sup>.

Secondo un orientamento dottrinale, la diversità di disciplina prevista nel caso di fallimento del debitore rispetto a quella prevista per il caso in cui sia stata avviata un'azione esecutiva individuale si spiegherebbe in ragione del fatto che il trasferimento del bene in garanzia può essere pronunciato dal giudice delegato nei limiti in cui questo venga considerato valido ed efficace<sup>343</sup>.

Quanto invece alla previsione dell'ultimo comma dell'art. 48-*bis*, ai sensi del quale – lo si ricorda – «ai fini del concorso tra i creditori, il patto a scopo di garanzia di cui al comma 1 è equiparato all'ipoteca», proprio in considerazione della facoltà riconosciuta alla banca di chiedere il trasferimento del bene nonostante l'avvenuta dichiarazione di fallimento, deve ritenersi che il comma 13-*bis* ricomprenda anche l'ipotesi in cui, al momento del fallimento, non sussistano ancora i presupposti perché possa dirsi avverata la condizione cui è subordinata l'efficacia del patto marciano: non potendo, invocare il trasferimento del diritto (oggetto del patto), la banca ha comunque diritto a vedere trattato il proprio credito come un credito ipotecario<sup>344</sup>.

Come condivisibilmente rilevato da alcuni autori, le discipline sin qui illustrate rappresentano il segno di un'evidente preferenza da parte del legislatore per il

<sup>341</sup> Favorevole all'applicazione analogica del principio in parola nel caso di esecuzione per la riscossione di imposte diverse da quelle sui redditi quali, ad esempio, Iva, Imu, Irap, G. VISCONTI, *La nuova garanzia reale*, cit., p. 589.

<sup>342</sup> Nel senso che l'accoglimento di questa istanza rappresenti un'ipotesi piuttosto remota nella pratica in quanto rischia di complicare l'ordine di ripartizione del ricavato dalla liquidazione dell'attivo fra i creditori del fallito *ibidem*.

<sup>343</sup> C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese*, cit., p. 1466.

<sup>344</sup> G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., p. 26 s.

meccanismo di autotutela esecutiva attivato tramite il patto marciano, in quanto se ne garantisce il buon esito anche ove sul bene siano già state attivate le ordinarie e speciali procedure di espropriazione<sup>345</sup>. In questi casi, la soddisfazione degli altri creditori coinvolti nelle procedure pendenti potrà avvenire nei limiti in cui, dalla stima effettuata, emerga un'eccedenza rispetto al credito garantito dal patto<sup>346</sup>.

10. *Il problema dell'ammissibilità di un marciano atipico.* – Resta da sciogliere il dubbio circa la portata sistematica del nuovo assetto normativo del sistema delle garanzie e l'incidenza della nuova disciplina legale sul patto marciano di diritto comune. In particolare, non risulta chiaro se la possibilità di stipulare un patto marciano – e, quindi, di disporre il trasferimento in garanzia di un diritto reale – sia oggi riservata soltanto alle categorie di soggetti di cui all'art. 48-bis TUB (ovvero, nel caso di credito immobiliare ai consumatori, di cui all'art. 120-*quinquiesdecies* TUB). Detto altrimenti, ci si è chiesti se quello contemplato nell'art. 48-bis costituisca solo uno dei possibili strumenti giuridici attraverso cui è possibile realizzare il trasferimento in funzione di garanzia di un diritto reale – restando così ammesse tutte quelle fattispecie negoziali (il mandato a vendere, il *sale and lease back*, i contratti di vendita condizionata, ecc.) finora utilizzate nella prassi per giungere al medesimo fine –, oppure se, a seguito della sua entrata in vigore, esso costituisca l'unico strumento a tale scopo consentito dal legislatore.

Nel tentativo di fornire una risposta ai quesiti posti, si potrebbe in primo luogo ipotizzare che l'introduzione della disciplina del patto marciano all'interno di una normativa di settore sia sintomatica della volontà del legislatore di limitarne l'applicazione soltanto entro i limiti e le condizioni ivi previste, al fine di assicurare un determinato grado di tutela del debitore.

Considerato, da un lato, che l'unico ostacolo alla legittimità del trasferimento di un diritto reale in funzione di garanzia è rappresentato dal divieto del patto commissorio, dall'altro, che la giurisprudenza ha escluso che il patto marciano debba farsi rientrare nell'ambito del suddetto divieto, la dottrina maggioritaria non

<sup>345</sup> Così E. BRODI, *Brevi note sull'utilizzabilità dell'art. 48-bis t.u.b.*, cit., p. 16.

<sup>346</sup> N. BERNARDI, *Il nuovo patto marciano*, cit., p. 560 s.

rinviene valide ragioni per attribuire all'art. 48-*bis* TUB un effetto preclusivo della legittimità delle altre figure di patto marciano<sup>347</sup>.

Una attenta dottrina ha evidenziato che la chiave risolutiva del problema è da ricercarsi nel giudizio di meritevolezza *ex* art. 1322, comma 2, c.c. Premesso che nei contratti tipici, detto giudizio – che opera a livello di “tipo” contrattuale e non a livello di causa in concreto – è effettuato a monte e in via astratta dal legislatore, mentre nei contratti atipici è rimesso al giudice, il quale dovrà valutare se lo schema astratto abbia un rilievo sociale e sia, pertanto, meritevole di tutela, si è osservato che mediante l'introduzione dei «marciani speciali» il legislatore ha elaborato implicitamente un giudizio di ammissibilità del patto marciano di diritto comune, idoneo ad assurgere a tipo normativo e a realizzare i concreti interessi delle parti in termini di scambio di utilità<sup>348</sup>.

In adesione a questo orientamento, può in generale affermarsi la definitiva esistenza di una tipicità sociale del patto marciano di diritto comune e, di conseguenza, la sua meritevolezza in astratto, che andrà poi però verificata nel concreto di ciascuna specifica convenzione che di volta in volta sia intercorsa tra debitore e creditore, *ex* art. 1322, comma 2, c.c.<sup>349</sup>.

Ecco allora che l'articolo in commento (come l'art. 120-*quinqüiesdecies*) costituisce una norma speciale che regola espressamente i presupposti e il procedimento di una delle possibili modalità attraverso cui è possibile realizzare il trasferimento in garanzia di un diritto reale tra i soggetti ivi previsti, restando tutt'ora possibile porre in essere qualsiasi altro negozio che persegua tale finalità, purché nel rispetto del divieto del patto commissorio<sup>350</sup>.

In conclusione, il patto marciano tra banche e imprese dovrà per forza seguire lo schema dell'art. 48-*bis*; in questo caso, la rigidità procedimentale sarà

<sup>347</sup> In tal senso, A. CHIANALE, *Qualche pensiero sulle recenti vicende sul patto marciano*, in *Riv. not.*, 2016, 4, p. 751 ss.; in senso conforme anche A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di antotutela esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1, p. 28 ss.; S. PAGLIANTINI, *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura (ragionata) dell'art. 48 bis T.U.B.*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2016, 5, p. 948, il quale si esprime in termini di «epifania settoriale di una regola generale».

<sup>348</sup> G. FAPPIANO, *Il patto marciano: tra tipicità e autonomia contrattuale*, in *Contr.*, 2019, 1, p. 95.

<sup>349</sup> *Ibidem*.

<sup>350</sup> In questi termini D. MARI, *Il patto marciano*, cit., p. 1126 s.

accompagnata da una rigidità di struttura (trasferimento sospensivamente condizionato)<sup>351</sup>. Ove, al contrario, il mutuatario non rientri nella categoria soggettiva contemplata nell'art. 48-*bis* (e nell'art. 120-*quinqüesdecies*), ovvero il mutuante non sia una banca o un intermediario finanziario, vigerà la massima libertà sia procedimentale sia di struttura<sup>352</sup>.

11. (segue) *dai sottotipi al tipo generale del patto marciano*. – Se si accoglie l'orientamento appena esposto, si tratta allora di stabilire quale sia la struttura del negozio marciano «di diritto comune».

Si ritiene di dover condividere l'opinione secondo la quale, sino a quando non interverrà una normativa *ad hoc*, la ricostruzione della disciplina del tipo generale del patto marciano deve avvenire in base ai principi e alle regole di diritto comune,

<sup>351</sup> Così A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1413. Per alcuni esempi di figure non più ammissibili dopo l'entrata in vigore dell'art. 48-*bis* TUB v. S. PAGLIANTINI, *Spigolando intorno all'art. 48 bis*, cit., p. 1724 s. Secondo l'Autore, l'inammissibilità di un mutuo, tra una banca e un finanziatore, garantito da un'alienazione condizionata *sub* art. 1353 c.c., con annessa previsione di una stima rimessa ad un terzo indipendente scelto però dalla banca finanziatrice (e con il diritto del debitore mutuatario alla restituzione del supero), sarebbe data dalla circostanza che la sola deroga, al disposto dell'art. 2744 c.c., normativamente consentita parrebbe quella che vede l'inadempimento qualificato del 5° comma rilevare sempre e soltanto da fattispecie costitutiva di un diritto del creditore ad avvalersi del patto e non, come invece sarebbe nel caso di specie, di una vera clausola condizionale, quale elemento che viceversa importerebbe automaticamente il prodursi dell'effetto traslativo. Il mandato *in rem propriam* a vendere sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore sarebbe invece destinato ad incappare in almeno due problemi ossia, da un lato, l'inadempimento qualificato del 5° comma, che non è certo un requisito derogabile pattiziamente (salvo che in *melius* per il debitore); dall'altro lato, l'irrevocabilità della procura a vendere, la quale bypasserebbe in toto la procedimentalità che caratterizza il patto marciano «bancario». Riconosce la possibilità per i soggetti di cui agli artt. 48-*bis* e 120-*quinqüesdecies* TUB di continuare a concludere negozi giuridici con una funzione di garanzia non rientranti negli schemi normativi purché dotati dei meccanismi elaborati dalla giurisprudenza volti ad escludere ogni tipo di abuso in danno del debitore G. FAPPIANO, *Il patto marciano*, cit., p. 96.

<sup>352</sup> S. CAMPOLATTARO, *Fenomenologia del patto marciano*, cit., p. 604 s., sul punto cfr. anche D. MARI, *Il patto marciano*, cit., p. 1127 secondo il quale, nel caso di specie, sarebbe parimenti legittimo un patto marciano atipico purché disciplinato in modo tale da garantire al debitore una tutela almeno pari a quella offerta dall'art. 48-*bis* TUB.

alcuni dei quali si devono ritenere però desumibili, in via di induzione, anche e proprio dalle disposizioni speciali dettate dagli artt. 48-*bis* e 120-*quinqüesdecies* TUB<sup>353</sup>.

Diviene, pertanto, indispensabile analizzare le fattispecie tipiche al fine di enucleare gli elementi riconducibili alla base comune del patto marciano da quelli specifici esclusivamente all'una o all'altra figura speciale.

Con specifico riguardo al patto marciano «bancario», gli elementi caratteristici della convenzione sono:

- a) il trasferimento, da parte del debitore in favore del finanziatore, di un immobile sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore;
- b) l'obbligo del finanziatore di versare al finanziato l'eventuale eccedenza di valore del bene rispetto al debito garantito;
- c) la stima del bene, da effettuarsi successivamente all'inadempimento, con modalità che garantiscano l'imparzialità del perito e l'attendibilità della stessa;
- d) la facoltà del finanziatore di non avvalersi del patto una volta verificatosi l'inadempimento del debitore;
- e) la predeterminazione da parte del legislatore dell'inadempimento minimo necessario perché possa considerarsi avverata la condizione sospensiva cui è subordinato il trasferimento del bene;
- f) la fissazione del momento di avveramento della condizione sospensiva in coincidenza della comunicazione, da parte del finanziatore al debitore, del valore di stima ovvero in coincidenza del pagamento al debitore dell'eventuale eccedenza rispetto all'ammontare del debito;
- g) un regime di pubblicità del patto marciano e dell'eventuale ipoteca di cui il bene da trasferire sia gravato, che determina la prevalenza del patto sulle trascrizioni o iscrizioni eseguite da terzi successivamente all'iscrizione ipotecaria sul bene o, a seconda dei casi, sul pignoramento del bene stesso o sul fallimento del proprietario del bene.

<sup>353</sup> *Ivi*, p. 1415.

I requisiti di cui alle lettere a), b), c) e d) oltre a costituire elementi essenziali e indefettibili della convenzione in questione, corrispondono altresì al nucleo essenziale del patto marciano di diritto comune<sup>354</sup>.

Con specifico riguardo alla lettera d), si è già avuto modo di precisare come, a differenza del patto commissorio, nel patto marciano il trasferimento della proprietà del bene non si produca automaticamente al verificarsi dell'inadempimento, comportando, al contrario, tale patto la stima del bene e l'imputazione del suo valore al pagamento del debito garantito (con il diritto del debitore alla restituzione dell'eventuale differenza)<sup>355</sup>.

Questa regola risulta doppiamente confermata dal comma quinto e ottavo dell'art. 48-*bis* TUB. Dal quinto comma si desume che, verificatosi l'inadempimento, il creditore non è tenuto ad attivare il patto marciano potendo invece instaurare un'espropriazione forzata giudiziale; l'ottavo comma prevede, invece, che la condizione sospensiva di inadempimento si considera avverata al momento della comunicazione al creditore del valore.

Per quanto, invece, attiene ai requisiti di cui alle lettere e) e g) gli stessi paiono costituire dei tratti peculiari della figura in esame, aventi secondo una autorevole dottrina, natura cogente nell'ambito del credito all'impresa<sup>356</sup>.

Muovendo dalla natura speciale delle due norme e dal loro carattere non consequenziale alla struttura e alla funzione del patto marciano, si è condivisibilmente concluso per l'inapplicabilità al tipo generale delle citate regole,

<sup>354</sup> V. *supra*, Cap. I, § 8.

<sup>355</sup> V. *supra*, Cap. I, § 8.

<sup>356</sup> A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1411 s. L'inserimento, da parte dell'Autore, nell'elenco dei tratti peculiari della figura in commento, anche del requisito di cui alla lettera d) non può essere condiviso costituendo, come visto, tale presupposto elemento essenziale del patto marciano di diritto comune. Sul requisito di cui alla lett. e) cfr. anche S. PAGLIANTINI, *L'art. 2744 e le alchimie*, cit., p. 965, il quale ha prospettato, come requisito anche del patto marciano di diritto comune la necessaria sussistenza di un inadempimento grave, senza tuttavia individuare con sicurezza la più adeguata categoria di riferimento nella plurale configurazione offerta dalla normativa speciale. Muovendo dalla circostanza che le nuove disposizioni ammettono l'operatività del patto marciano solo a seguito di un inadempimento qualificato, si è concluso che anche nelle applicazioni di diritto comune, il patto potrebbe essere legittimamente utilizzato solo prevedendo una rilevante soglia di inadempimento qualificato.

nell'ambito del quale, salvo una diversa volontà delle parti, il congegno condizionale può operare secondo i principi di diritto comune<sup>357</sup>.

Modificabile dalle parti è parsa poi la disciplina richiamata alla lettera f)<sup>358</sup>.

Per quanto in precedenza già esposto<sup>359</sup>, deve, infine, riconoscersi la possibilità per le parti di contemplare l'effetto esdebitatorio, analogamente a quanto previsto dall'art. 11-*quaterdecies* con riguardo al prestito vitalizio ipotecario e dall'art. 120-*quinqüesdecies* in tema di contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili.

In conclusione, se è senz'altro da condividere l'opinione che riconosce la possibilità di un impiego generale del patto marciano, al di là degli schemi di volta in volta prescritti dalle singole norme, considerato il rilievo, per il vero ancor più economico che giuridico, che il patto marciano può assumere nel sistema delle garanzie immobiliari e, di riflesso, in quello creditizio, resta attuale l'opportunità di un intervento da parte del legislatore che ne preveda finalmente una disciplina unitaria<sup>360</sup>.

<sup>357</sup> A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1420.

<sup>358</sup> *Ivi*, p. 1411 s.

<sup>359</sup> V. *supra*, Cap. II, § 5.

<sup>360</sup> S. CAMPOLATTARO, *Fenomenologia del patto marciano*, cit., p. 611; A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1415.

## CAPITOLO TERZO

### LA FUNZIONE DEL PATTO MARCIANO «BANCARIO»

SOMMARIO: 1. La funzione del patto commissorio e del patto marciano: inquadramento generale. – 2. Le alienazioni in funzione di garanzia e il problema della causa. – 3. (segue) il trasferimento della proprietà di attività finanziarie a scopo di garanzia. – 4. (segue) l'alienazione in funzione di garanzia nel diritto tedesco: *die Sicherungsbereignung*. – 5. La funzione di garanzia. – 6. La funzione solutoria. La *datio in solutum*. – 7. (segue) l'incompatibilità funzionale tra patto commissorio e patto marciano da un lato, e *datio in solutum* dall'altro. – 8. Il patto marciano «bancario» come alienazione con funzione di garanzia e di autosoddisfacimento del creditore.

1. *La funzione del patto commissorio e del patto marciano: inquadramento generale.* – L'analisi strutturale del patto commissorio e del patto marciano consente di annoverare le relative convenzioni nella categoria delle alienazioni, essendo fuori discussione la loro efficacia traslativa<sup>361</sup>.

Due sono tuttavia le tesi dottrinali relative alla funzione delle alienazioni in discorso.

La tesi più accreditata tende ad attribuire alla convenzione commissoria e a quella marciana una funzione di garanzia. Per i sostenitori di tale orientamento, il patto commissorio e il patto marciano, contemplando il trasferimento della proprietà di un bene al creditore per il caso dell'inadempimento di una

<sup>361</sup> V. *supra*, Cap. I, § 8.



obbligazione, rientrerebbero a pieno titolo nel novero delle alienazioni in funzione di garanzia<sup>362</sup>.

L'impostazione in parola, da un lato, contrappone il patto commissorio e il patto marciano alle garanzie reali tipiche; dall'altro lato, realizza una sovrapposizione tra i concetti di patto commissorio e patto marciano, da un lato, e alienazione in funzione di garanzia, dall'altro.

A questa prima opinione, si contrappone la tesi secondo la quale il patto commissorio e il patto marciano andrebbero invece qualificati come convenzioni eventuali che possono accedere alla alienazione a scopo di garanzia allo stesso modo nel quale possono accedere ad una garanzia reale tipica<sup>363</sup>. Di fronte ad una garanzia reale con i patti in discorso, si dovrebbe comunque distinguere da un lato la garanzia (con evidente funzione di garanzia), dall'altro, il patto aggiunto ad essa (con una funzione ulteriore di soddisfacimento); e ciò sia nel caso del pegno e dell'ipoteca, sia nel caso dell'alienazione in funzione di garanzia.

La seconda ricostruzione è stata sottoposta a serrata analisi critica da una autorevole dottrina, che ha evidenziato come essa conduca a teorizzare una inaccettabile diversità strutturale e funzionale tra due categorie di patti a seconda che essi accedano al pegno e all'ipoteca ovvero alla alienazione a scopo di garanzia: ed invero, nel primo caso le convenzioni in discorso avrebbero come effetto il trasferimento della proprietà del bene (effetto traslativo) con conseguente estinzione dell'obbligazione e soddisfacimento del creditore (effetto solutorio), nella seconda ipotesi, invece, al patto commissorio e al patto marciano potrebbe riconoscersi soltanto un effetto solutorio, in quanto l'effetto traslativo sarebbe già conseguito con l'alienazione in garanzia. Una simile distinzione non sarebbe, invece, configurabile posto che, pur in presenza di un effetto soddisfattivo secondario, dall'attribuzione di un bene condizionata all'inadempimento di

<sup>362</sup> Cfr., espressamente, G. F. MINNITI, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 29; F. REALMONTE, *Le garanzie immobiliari*, in *Jus*, 1986, p. 22; V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1437; M. BUSSANI, *Patto commissorio, proprietà e mercato. Appunti per una ricerca*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1, 1997, p. 120.

<sup>363</sup> Tale ricostruzione fu originariamente elaborata, con riguardo al patto commissorio, da L. RAAPE, *Die Verfallklausel bei Pfand und Sicherungsübereignung*, Berlino, 1913, p. 65 ss.

un'obbligazione discende immediatamente un vincolo di garanzia a favore del creditore<sup>364</sup>.

L'ostacolo principale all'attribuzione al patto commissorio e al patto marciano di una esclusiva funzione solutoria viene individuato nel fatto che essi, qualora accedano a garanzie reali tipiche, avrebbero la funzione non solo di soddisfare il creditore, ma anche di operare il trasferimento della proprietà del bene. Al contrario, accedendo a una alienazione a scopo di garanzia, manterrebbero la sola funzione solutoria, essendo l'effetto traslativo già realizzato dalla stessa alienazione in garanzia.

Alla luce di queste considerazioni preliminari, per il prosieguo dell'indagine diviene pertanto ineludibile confrontarsi con il problema, ampiamente discusso proprio in connessione con l'indagine sulla causa del patto commissorio e del patto marciano, della causa delle alienazioni in funzione di garanzia.

2. *Le alienazioni in funzione di garanzia e il problema della causa.* – Come si è avuto modo di illustrare in precedenza, nel 1983 la Corte di cassazione, mutando il proprio orientamento, sancì per la prima volta l'irrilevanza del momento della produzione dell'effetto traslativo ai fini della possibilità di individuare un patto commissorio<sup>365</sup>.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale allora inaugurato per la prima volta, la sanzione della nullità va comminata anche ove la vendita sia immediatamente traslativa, giacché rimane comunque possibile la dissoluzione dell'effetto traslativo in virtù della retroattività del meccanismo condizionale. Se, infatti, nel caso del patto commissorio sospensivamente condizionato l'effetto pratico che giustifica il divieto è sostanzialmente assimilabile alla creazione di un «patrimonio separato» destinato al soddisfacimento delle ragioni di uno o più creditori, lo stesso si può ripetere per il patto commissorio con efficacia traslativa immediata; ed invero, qualora l'alienazione abbia effettivamente uno scopo di garanzia, è evidente che

<sup>364</sup> L'obiezione è di C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, p. 137 ss.

<sup>365</sup> V. *supra*, Cap. I, § 3.

anche in tal caso l'effetto pratico non differisce da quello che conseguirebbe alla destinazione del bene al soddisfacimento di un determinato creditore<sup>366</sup>.

Si incorrerebbe, tuttavia, in errore se si pensasse che l'orientamento giurisprudenziale in questione implichi un riconoscimento della ammissibilità delle alienazioni a scopo di garanzia realizzate nella forma del trasferimento immediatamente efficace. Invero, anche la giurisprudenza anteriore alla sentenza del 1983 negava cittadinanza nel nostro ordinamento alle alienazioni a scopo di garanzia, ma essa assumeva che quando il trasferimento della proprietà fosse convenuto come immediato, ossia non subordinato all'«inadempimento» del debitore/venditore, un (generico) scopo di garanzia non andasse al di là dei meri motivi (come tali, irrilevanti), e non toccasse la «causa» dell'operazione, che rimaneva una causa «di scambio». Solo se l'immediata efficacia del trasferimento fosse risultata essere fittizia – e dunque l'alienazione risolutivamente condizionata fosse riconoscibile come simulante un rapporto (reale) di finanziamento – si sarebbe potuto dire che la «vendita» era in realtà inesistente, ossia simulata, perché l'effettiva volontà delle parti era quella di trasferire il bene per garantire la restituzione della somma che il venditore aveva ricevuto a titolo di mutuo, e non di «prezzo»<sup>367</sup>.

Una attenta dottrina ha ravvisato il punto debole di questa impostazione nella «deformazione» della «tecnica della simulazione» da parte dei giudici, nel senso che in molte delle fattispecie esaminate il trasferimento immediato non era affatto «simulato». Secondo i sostenitori dell'orientamento in parola, i giudici effettuavano una ricostruzione «sostanziale» dei rapporti tra le parti e delle effettive situazioni di interessi tra le stesse, così superando le «forme» adoperate dai contraenti<sup>368</sup>.

Come già anticipato, successivamente al *revirement* della giurisprudenza, prese avvio un filone di ricerca volto a rimeditare criticamente le figure negoziali vicine al patto commissorio.

<sup>366</sup> G. D'AMICO, *Alienazioni a scopo di garanzia*, in *I contratti per l'impresa*, a cura di G. Gitti, M. Maugeri, M. Notari, Bologna, 2012, p. 590.

<sup>367</sup> *Ivi*, nota 14.

<sup>368</sup> U. MORELLO, *Frode alla legge*, Milano, 1969, pp. 212 ss., 215 e nota 135, 217 ss. e nota 141.

L'indagine si rivolse in primo luogo verso la figura che più di ogni altra si avvicinava al patto commissorio ossia l'ipotesi della vendita con patto di riscatto di retrovendita (artt. 1500-1509 c.c.)<sup>369</sup>. In questa figura la funzione di scambio si atteggia in modo peculiare, giacché si arricchisce, seppur non necessariamente, di un evidente scopo creditizio (da parte dell'alienante) e di garanzia (*ex latere emptoris*). Quanto al primo aspetto, il prezzo erogato ben può atteggiarsi non a corrispettivo, bensì come prestito, il cui rimborso viene garantito dall'acquisto della proprietà dei beni (precariamente) alienati.

A fronte dell'affinità fra il patto commissorio e la vendita con patto di riscatto<sup>370</sup>, varie sono state le tesi proposte per distinguere l'una e l'altra ipotesi.

Secondo un primo orientamento la funzione di garanzia andrebbe congegnata in senso economico, anziché giuridico, con la conseguente ricostruzione di tale articolazione della compravendita preordinata anche ad uno scopo di garanzia

<sup>369</sup> Numerose sono le tesi in merito alla natura e ai caratteri del riscatto convenzionale; vi ravvisano una condizione risolutiva potestativa o meramente potestativa A. DE MARTINI, *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*, Milano, 1950, p. 330; P. GRECO - G. COTTINO, *Della vendita*, in A. Scialoja - G. Branca (a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna-Roma, 1981, p. 330. Optano per una lettura in chiave di revoca o recesso retroattivo del potere del venditore D. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu - F. Messineo, II ed., Milano, 1962, p. 1024 ss.; C. M. BIANCA, *La vendita*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, II ed., Torino, 1993, p. 639 ss.; S. ROMANO, *La vendita. Contratto estimatorio*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da G. Grosso - F. Santoro Passarelli, Milano, 1960, p. 201 ss. Si esprimono in termini di proprietà temporanea G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1937, p. 304; D. BARBERO, *Contestualità del riscatto convenzionale con la vendita*, in *Temi*, 1949, p. 282; A.C. PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975, p. 351 ss.; ID, *Vendita con patto di riscatto*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 517 ss. Vi riconoscono, infine, un diritto potestativo di opzione o di credito in favore del venditore (opzione c.d. di ricompera, anche nelle sue varianti della promessa unilaterale di rivendita o di acquisto coattivo del bene) P. RASI, *Il patto di riscatto nella compravendita*, Napoli, 1959, *passim*; G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, p. 94 ss.

<sup>370</sup> C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 718, il quale evidenzia che il peculiare interesse per il fenomeno simulatorio nell'ambito dell'art. 2744 c.c. sarebbe da ricollegarsi proprio al riconoscimento legislativo della vendita con patto di riscatto e per la facilità con cui questa figura sembrerebbe prestarsi alla realizzazione dell'illecita convenzione commissoria. In argomento cfr. anche A. M. AZZARO, *Vendita a scopo di garanzia e divieto del patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 1993, II, p. 108 ss.

economica, senza per tale ragione perdere la sua natura di operazione di scambio<sup>371</sup>.

La tesi in parola omette, tuttavia, di esplicitare i caratteri strutturali della nozione economica di garanzia nonché i suoi tratti differenziali rispetto alla garanzia giuridica.

Una diversa dottrina, similmente alla giurisprudenza di legittimità anteriore al 1983, ha invece riconosciuto nella vendita con patto di riscatto che celi uno scopo di garanzia un'ipotesi paradigmatica di negozio simulato<sup>372</sup>. All'orientamento in parola possono muoversi le medesime obiezioni sollevate all'orientamento giurisprudenziale richiamato ossia l'assenza, nel caso di specie, della figura della simulazione.

La questione giuridica sottesa alla *vexata quaestio* riguarda a ben vedere la compatibilità logica e dogmatica tra la funzione di garanzia e la funzione di scambio<sup>373</sup>.

Per lungo tempo si è sostenuto come la funzione di scambio della vendita fosse inconciliabile con la funzione di garanzia. Si osservava, in particolare, come l'ammissibilità di un trasferimento sorretto da quest'ultima funzione avrebbe condotto alla configurazione di una forma di proprietà temporanea essenzialmente distante dallo schema tipico del diritto di proprietà previsto dal legislatore, in totale violazione del principio del *numerus clausus* dei diritti reali<sup>374</sup>.

Più di recente, vi è stato chi ha rilevato come la temporaneità del trasferimento potesse giustificarsi in ragione del rafforzamento del credito, salvo poi configurare nel consolidarsi dell'effetto traslativo una ulteriore *causa solvendi*<sup>375</sup>, ovvero chi ha posto in evidenza come l'alienazione in garanzia potesse essere concepita come

<sup>371</sup> C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 719.

<sup>372</sup> G. D'AMICO, *Alienazioni a scopo di garanzia*, cit., p. 588, nt. 14.

<sup>373</sup> N. A. VECCHIO, *Il divieto di patto commissorio*, cit. p. 448 ss.

<sup>374</sup> La tesi è di S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 298 ss., ID., *Diritto civile. Metodo Teoria Pratica. Saggi*, Milano, 1951, p. 334 ss.; per una ricostruzione del problema si rinvia a G. D'AMICO, *Alienazioni a scopo di garanzia*, cit., p. 587 s.

<sup>375</sup> N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, p. 88 ss., spec. p. 88 s., e U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto. La causa e il trasferimento dei diritti*, Torino, 2000, p. 146 ss., G. D'AMICO, *Alienazioni a scopo di garanzia*, cit., p. 585 ss.

«un negozio effettivamente traslativo del diritto, conformato, quanto al fondamento e agli effetti, appunto alla causa di garanzia»<sup>376</sup>.

Senza voler anticipare le conclusioni alle quali si perverrà in tema di causa del patto marciano bancario, l'art. 48 *bis* TUB sembra delineare, nella vendita che esso contempla, una struttura duttile in grado di accogliere le più svariate declinazioni dell'assetto di interessi che le parti intendono perseguire. Come si avrà modo di illustrare, in tale fattispecie, la funzione di scambio che presiede alla vendita viene del tutto piegata alla funzione di garanzia che non è più conciliabile con la prima, anzi, su di essa prevale, seppur accompagnata da meccanismi atti ad assicurare la proporzionalità dei valori al fine di evitare ogni abuso ai danni del debitore<sup>377</sup>.

3. (*segue*) *il trasferimento della proprietà di attività finanziarie a scopo di garanzia*. – L'ammissibilità dell'alienazione in funzione di garanzia risulta da ultimo confermata dalla disciplina legislativa di tale fenomeno nell'ambito dei contratti di garanzia finanziaria. Segnatamente, come si è già avuto modo di illustrare, l'art. 1 lett. d) del d.lgs. n. 170/2004 (emanato in attuazione della direttiva 2002/47/CE) – nel tracciare la nozione dei «contratti di garanzia finanziaria» – fa riferimento, oltre che al pegno e alla cessione dei crediti, ai contratti aventi ad oggetto il «trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia, ivi compreso il contratto di pronti contro termine, e qualsiasi altro contratto di garanzia reale avente ad oggetto attività finanziarie e volto a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie»<sup>378</sup>.

In questa formula è contenuto l'esplicito riconoscimento della validità di un «trasferimento della proprietà con funzione di garanzia»; detto riconoscimento viene ribadito nel successivo art. 6, comma 2, del d.lgs. n. 170/2004, ai sensi del quale «ai contratti di garanzia finanziaria che prevedono il trasferimento della proprietà con funzione di garanzia, compresi i contratti di pronti contro termine, non si applica l'articolo 2744 del codice civile».

<sup>376</sup> F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, p. 178.

<sup>377</sup> Cfr. *infra*, § 8.

<sup>378</sup> V. *supra*, Cap. I, § 10.

*Prima facie*, quest'ultima disposizione sembrerebbe confermare (a contrario) il generale assoggettamento del trasferimento della proprietà con funzione di garanzia alla sanzione di cui all'art. 2744 c.c., regola alla quale il citato art. 6 apporterebbe appunto una deroga, qualora il trasferimento della proprietà concerna «attività finanziarie» e sia posto in essere a garanzia di obbligazioni finanziarie.

Tuttavia, come condivisibilmente rilevato da una attenta dottrina, la *ratio* della deroga risulta riconducibile all'estensione a tali contratti della disciplina dettata all'art. 4 per l'ipotesi di «pegno di attività finanziarie», e in particolare della regola secondo cui «Al verificarsi di un evento determinante l'escussione della garanzia, il creditore pignoratizio ha facoltà, anche in caso di apertura di una procedura di risanamento o di liquidazione, di procedere osservando le formalità previste nel contratto: a) alla vendita delle attività finanziarie oggetto del pegno, trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del proprio credito, fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita [...]»<sup>379</sup>.

A ben vedere, nella disciplina in commento, l'ammissibilità del trasferimento a scopo di garanzia risulta legata alla presenza e all'operare di una regola che stabilisce l'equivalenza tra il valore della garanzia legittimamente trattenibile dal creditore e l'entità del credito garantito. Detto altrimenti, il profilo che caratterizza l'«atipicità» della garanzia, ossia il trasferimento della proprietà dei beni, viene neutralizzato dall'assoggettamento della garanzia «atipica» al suddetto principio di equivalenza. Ne consegue che la «disapplicazione» dell'art. 2744 c.c. sancita dal comma 2 dell'art. 6, d.lgs. n. 170/2004, è in realtà solo apparente<sup>380</sup>.

4. (*segue*): *l'alienazione in funzione di garanzia nel diritto tedesco*: die Sicherungsübereignung. – Interessanti spunti di riflessione sono offerti dalla disciplina del trasferimento della proprietà a scopo di garanzia nel diritto tedesco.

<sup>379</sup> G. D'AMICO, *Alienazioni a scopo di garanzia*, cit., p. 596 s.

<sup>380</sup> *Ibidem*.

Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia (*Sicherungsübereignung*) non è disciplinato dalla legge, ma è il prodotto di una giurisprudenza volta a favorire il finanziamento alle imprese<sup>381</sup>.

La *Sicherungsübereignung* consiste in una alienazione di tipo fiduciario nella quale l'obbligo restitutorio è configurato in maniera tale da assolvere una funzione di garanzia. Il negozio è solitamente utilizzato per le sole garanzie mobiliari e consente al creditore di acquistare la proprietà in garanzia<sup>382</sup>.

Il diritto acquisito dal creditore fiduciario si atteggia in maniera differente a seconda dei casi: costui «è di regola pieno titolare del diritto in tutta la sua consistenza»<sup>383</sup>, salvo, in talune circostanze, essere il debitore tutelato dall'ordinamento in misura tale da condurre a riconoscere all'obbligo restitutorio del creditore un'efficacia «quasi reale»<sup>384</sup>. Ed invero, nel caso di illegittima disposizione del bene da parte del creditore, il debitore ha diritto unicamente al risarcimento del danno<sup>385</sup>; in caso di fallimento del creditore, il debitore può invece ottenere la separazione del bene dalla massa, esattamente come un proprietario<sup>386</sup>. Al contrario, in caso di fallimento del debitore, il diritto del creditore degrada a una sorta di diritto reale di garanzia dovendo costui intervenire nel procedimento fallimentare per far valere la prelazione<sup>387</sup>.

Quanto ai rapporti tra alienazione in garanzia e strumenti solutori che ad essa si possono affiancare, va precisato che normalmente, per l'eventualità dell'inadempimento, è previsto lo *ius vendendi* del creditore, il quale si può soddisfare sul ricavato restituendo al debitore l'eventuale residuo. Nondimeno, le

<sup>381</sup> In argomento cfr. R. SERICK, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, II, *Die einfache Sicherungsübertragung*, Heidelberg, 1965, p. 44 ss.; ID., *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, Heidelberg, 1988, trad. it. di P. M. Vecchi, Milano, 1990, p. 7 ss.; E. BECKER EBERHARD, *Zur Anwendbarkeit des § 419 BGB auf die Sicherungsübereignung*, in *AcP*, 1985, p. 429 ss., spec. p. 462.

<sup>382</sup> R. SERICK, *Le garanzie mobiliari*, cit., p. 7 s.; J. VON STAUDINGER, *Buch 3. Sachenrecht § 1204-1296*, in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, SchiffsRG (Pfandrecht) – Neubearbeitung von H.H. Nöll, D. Wiegand, W. Wiegand, Berlin, 2009, p. 149.

<sup>383</sup> R. SERICK, *Le garanzie mobiliari*, cit., p. 20.

<sup>384</sup> *Ivi*, p. 19.

<sup>385</sup> A. BRAUN, *I trusts di garanzia in Germania*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2000, 1, p. 38.

<sup>386</sup> R. SERICK, *Le garanzie mobiliari*, cit., p. 20 s.; A. BRAUN, *I trusts di garanzia in Germania*, cit., p. 42.

<sup>387</sup> R. SERICK, *o.l.u.c.*



parti possono concordare la *Verfallklausel* ossia il diritto del creditore di appropriarsi del bene in caso di inadempimento, e ciò nonostante l'espresso divieto del patto commissorio di cui ai §§ 1149 e 1229 BGB<sup>388</sup>.

L'opinione dottrinale che ha individuato nei §§ 1149 e 1229 BGB l'espressione di un principio generale non è stata accolta dalla giurisprudenza la quale ha concluso per l'inapplicabilità del divieto del patto commissorio al di fuori delle garanzie tipiche<sup>389</sup>.

<sup>388</sup> All'interno del BGB, due sono le norme che stabiliscono il divieto del patto commissorio: il § 1149 BGB, relativo al patto commissorio riguardo all'ipoteca, e il § 1229 BGB, relativo al patto commissorio riguardo al pegno. Il § 1149 BGB rubricato „*Unzulässige Befriedigungsabreden*“ è così formulato: „*Der Eigentümer kann, solange nicht die Forderung ihm gegenüber fällig geworden ist, dem Gläubiger nicht das Recht einräumen, zum Zwecke der Befriedigung die Übertragung des Eigentums an dem Grundstück zu verlangen oder die Veräußerung des Grundstücks auf andere Weise als im Wege der Zwangsvollstreckung zu bewirken*“; il § 1229, rubricato „*Verbot der Verfallvereinbarung*“ dispone invece che: „*Eine vor dem Eintritt der Verkaufsberechtigung getroffene Vereinbarung, nach welcher dem Pfandgläubiger, falls er nicht oder nicht rechtzeitig befriedigt wird, das Eigentum an der Sache zufallen oder übertragen werden soll, ist nichtig*“.

<sup>389</sup> Il problema della possibile nullità della *Sicherungsübereignung*, ai sensi del § 1229 BGB, si inserisce nell'ambito del dibattito relativo al rapporto intercorrente tra il *Pfandrecht* (Diritto di pegno) e la *Sicherungsübereignung* volto a stabilire se e fino a che punto le prescrizioni normative relative al *Pfandrecht* possano trovare applicazione laddove si verificano casi di trasferimento in garanzia della proprietà di un bene mobile non costituente oggetto di pegno. La giurisprudenza del *Bundesgerichtshof*, ravvisando il fondamento della nullità del patto commissorio di cui al § 1229 BGB unicamente nella finalità di evitare con essa la trasformazione del pegno in un *Verfallpfand* (Pegno di decadenza), ossia di un pegno che verrebbe meno (o che scadrebbe) nello stesso momento della scadenza del credito garantito dal pegno medesimo e verificatosi il suo inadempimento, si è da sempre mostrata contraria all'applicazione analogica della norma sul divieto del patto commissorio alle alienazioni in funzione di garanzia. Secondo l'orientamento giurisprudenziale in parola, con la stipulazione del patto commissorio, la situazione giuridica che dovrebbe sorgere in capo al creditore pignoratizio quale effetto della costituzione di pegno – ossia il diritto di vendere il bene per soddisfarsi sul ricavato nei limiti dell'ammontare del credito garantito – verrebbe a sommarsi all'acquisizione automatica della proprietà, od al diritto di acquisire la proprietà della cosa data in pegno. La «decadenza dal pegno» sarebbe data dal fatto che il creditore pignoratizio, acquisendo la proprietà del bene conferito in garanzia, non avrebbe più bisogno di vendere il bene per soddisfarsi sul ricavato. In tale ottica, posto che nella *Sicherungsübereignung* si trasferirebbe in garanzia la proprietà di una cosa non costituente anche oggetto di pegno, il divieto del patto commissorio non sarebbe applicabile alla *Sicherungsübereignung* in quanto, in questa ultima fattispecie, mancherebbe la

A fronte dell'inapplicabilità alle alienazioni in funzione di garanzia del divieto del patto commissorio, la proporzionalità della garanzia rispetto al credito è stata assicurata dalla giurisprudenza mediante il ricorso a clausole generali<sup>390</sup>.

La *Sicherungsübereignung* potrebbe infatti contrastare con il disposto del § 138 BGB<sup>391</sup>, che sanziona con la nullità i negozi contrari al buon costume (*gute Sitten*) e dal quale, nel caso di trasferimento in garanzia, si ricava il dovere del creditore di vendere il bene ottenendone il giusto prezzo, oppure di appropriarsene restituendo la differenza di valore<sup>392</sup>. Tali regole operano anche qualora le parti escludano espressamente la restituzione della differenza, stante la nullità ex § 138 BGB di una simile clausola<sup>393</sup>.

Nel caso di negozi in funzione di garanzia, il § 138 BGB implica inoltre un controllo sul rapporto di adeguatezza tra il valore dei beni conferiti in garanzia e l'ammontare del credito. Ed invero, nel caso di una sproporzione eccessiva, si ha la c.d. *Übersicherung*, essendo riconosciuta al debitore il diritto alla liberazione dell'eccedenza dal vincolo di garanzia<sup>394</sup>.

*ratio* del divieto in esame attesa l'impossibilità che essa implichi una «decadenza del pegno». Detto in altri termini, mancando il pegno, o comunque un legame tra la cessione in proprietà della garanzia con il pegno, neanche potrebbe prospettarsi il problema di una sua decadenza; sul punto cfr. J. VON STAUDINGER, *Buch 3. Sachenrecht* § § 1204-1296, cit., p. 149 e V. PLANCK/ STRECKER in *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. Auflage 2009, BGB § 1229, Rn. 11.

<sup>390</sup> R. SERICK, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, III, *Die einfache Sicherungsübertragung*, Heidelberg, 1970, p. 488 ss.

<sup>391</sup> Il § 138 BGB, rubricato „*Sittenwidriges Rechtsgeschäft; Wucher*“ (Negozio giuridico contrario al buon costume; Usura), statuisce: „(1) *Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.* (2) *Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen*“.

<sup>392</sup> A. BRAUN, *I trusts di garanzia*, cit., p. 41 s.

<sup>393</sup> R. SERICK, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, I, *Die einfache Sicherungsübertragung*, Heidelberg, 1963, p. 98 ss. L'obbligo restitutorio è considerata espressione diretta della funzione di garanzia del negozio ed è destinato a operare anche in presenza di un espresso patto commissorio, che viene trasformato *ex lege* in un patto marciano, così N. CIPRIANI, *Patto commissorio*, cit., p. 250.

<sup>394</sup> Cfr. in giurisprudenza BGH 27 novembre 1997, in *Neue jur. Wochenschr.*, 1998, p. 671 ss.

Dalla breve illustrazione dell'alienazione in funzione di garanzia nel diritto tedesco sin qui compiuta emerge come il divieto del patto commissorio contemplato dal BGB sia stato oggetto di un processo interpretativo opposto rispetto a quello che ha caratterizzato l'esperienza italiana, il che ha condotto al sostanziale riconoscimento della liceità del patto commissorio annesso alla alienazione semplice a scopo di garanzia.

Mentre nel nostro ordinamento la giurisprudenza passata in materia di patto commissorio sacrificava oltremodo gli interessi degli operatori economici, in Germania la giurisprudenza ha adottato un approccio opposto. Quest'ultima, resistendo alle critiche propuginate dalla dottrina, ha infatti preferito sottoporre la fattispecie del trasferimento della proprietà in funzione di garanzia ad un'interpretazione che, salvandone l'astratta validità, si preoccupa di contrastare eventuali abusi in concreto di tale strumento.

5. *La funzione di garanzia.* – Appurata l'ammissibilità nel nostro ordinamento delle alienazioni con funzione di garanzia, è necessario ora stabilire se la convenzione marciana faccia parte di questa categoria oppure no. A tal fine, risulta indispensabile definire i caratteri della funzione di garanzia.

Nel diritto privato il termine «garanzia» viene impiegato con diverse accezioni e in riferimento a diverse figure negoziali o specificamente contrattuali e a vari istituti giuridici<sup>395</sup>.

Secondo la classificazione operata da una autorevole dottrina, nella nozione di garanzia rientrano tutti quei mezzi con cui il diritto oggettivo intende: a) tutelare e rendere sicuro il conseguimento e/o l'esercizio di un diritto soggettivo e in particolare: i) dei diritti di credito sia per quanto riguarda l'adempimento della prestazione, che ne costituisce l'oggetto, sia per quanto riguarda i diritti al

<sup>395</sup> Sulla nozione di garanzia con varietà di accenti e di concezioni si rinvia a G. BO, *Garanzia*, in *N.D.I.*, VI, Torino, 1938, p. 192 ss.; G. BO, *Contributo alla dottrina dell'obbligazione fideiussoria*, Milano, 1934; M. FRAGALI, *Garanzia e diritti di garanzia*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 448 ss.; L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971; G. GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione*, Milano, 1935; A. MONTEL, *Garanzia (Diritti reali di)*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961, p. 742 ss.

risarcimento dei danni, nel caso di inadempimento contrattuale o di responsabilità extracontrattuale; ii) dei diritti assoluti, specialmente patrimoniali, già attribuiti ad un soggetto e che ogni altro soggetto è tenuto a rispettare oppure acquistati a titolo derivativo da altri soggetti determinati, se questi sono tenuti a garantire dall'evizione o dai vizi della cosa trasmessa; b) tutelare aspettative giuridiche di diritti, anche eventuali<sup>396</sup>.

Per quanto di interesse ai fini della nostra indagine, la garanzia nelle obbligazioni si caratterizza per la sua impronta marcatamente funzionale e per la sua dipendenza logica e strutturale rispetto ad una distinta situazione soggettiva che essa mira a proteggere e a rafforzare, rendendone più sicura la realizzazione<sup>397</sup>. A differenza delle figure che vengono indicate come garanzia del godimento di un diritto, le quali sono esse stesse obbligazioni assunte in un rapporto, le garanzie dell'obbligazione, mirando a rafforzare la pretesa del creditore, costituiscono un *quid pluris* rispetto al rapporto obbligatorio<sup>398</sup>.

La garanzia riferita in senso stretto all'interesse del creditore all'adempimento dell'obbligazione può essere definita in termini di «rimedio che dà al creditore la sicurezza di raggiungere il risultato dedotto in obbligazione ed al quale egli è interessato, o almeno il suo equivalente economico, anche quando venga meno la prestazione del debitore o malgrado la sua opposizione o inerzia, agendo sui beni di lui, oppure grazie all'attività di un terzo<sup>399</sup>».

<sup>396</sup> F. MASTROPAOLO, *I contratti di garanzia*, F. Mastropaolo (a cura di), in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2006, p. 21 ss.

<sup>397</sup> Cfr. D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, 6<sup>a</sup> ed., II, Torino, 1965, p. 127 e S. GALEOTTI, *La garanzia costituzionale (Presupposti e concetto)*, Milano, 1950, p. 30 ss. Il diritto di credito oscilla per sua stessa natura tra due termini apparentemente antitetici: la fiducia, da un lato, la garanzia, dall'altro. Se è vero, infatti, che il creditore confida principalmente nell'adempimento spontaneo egli rimane esposto al rischio, che aumenta in misura proporzionale al termine concesso al debitore per adempiere, di non vedere soddisfatto il proprio interesse. In questo senso risulta coesistente alla nozione di credito l'idea di un qualche mezzo di sicurezza idoneo a rendere meno incerta la realizzazione del diritto, di una garanzia appunto; sull'apparente contrapposizione tra fiducia e garanzia si rinvia a L. PIAZZA, *Garanzia. I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1990, p. 2 s.

<sup>398</sup> D. BARBERO, *Sistema*, cit., p. 123 ss.; L. PIAZZA, *Garanzia*, cit., p. 2.

<sup>399</sup> F. MASTROPAOLO, *I contratti*, cit., p. 36.

La garanzia generica si connota come diritto potestativo del creditore di fare ricorso a diversi mezzi legali sostanziali (decadenza dal beneficio del termine) o processuali (azione surrogatoria, revocatoria, sequestro conservativo, azioni esecutive) per soddisfare il suo interesse, incidendo su situazioni soggettive del debitore, senza che quest'ultimo possa far nulla per impedirlo<sup>400</sup>.

La previsione di condanne giudiziarie in caso di inadempimento di ulteriori debiti risarcitori, di esecuzione forzata sul patrimonio, di spese processuali contribuiscono a conferire alla garanzia generica sia una forza comminatoria, che *ex ante* induce il debitore ad adempiere e a comportarsi senza pregiudicare le ragioni del creditore, sia una forza coercitiva, che *ex post*, nel caso di scorrettezze, determinerà la sottrazione dei suoi beni a favore del creditore<sup>401</sup>.

Se è vero che il patrimonio del debitore consente al creditore di conseguire una certa sicurezza in ordine al soddisfacimento della sua pretesa, in molti casi il concreto grado di rischio è tale per cui la garanzia generica non viene reputata sufficiente a tale scopo: di qui l'esigenza di apprestare altri e più efficaci strumenti che rafforzino ulteriormente la posizione del creditore: questi strumenti costituiscono le «garanzie specifiche»<sup>402</sup>.

<sup>400</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Napoli, 1981, p. 71 ss.; L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali. Artt. 2740-2744*, in *Cod. civ. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, 2ª ed., Milano, 2010, p. 20 s.; cfr. da ultimo G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Milano, 2017, p. 66 ss. secondo la quale è tuttavia da escludere la configurabilità di un diritto per il creditore al mantenimento di una integrità proporzionata del patrimonio del debitore nel senso di ritenere quest'ultimo gravato dal dovere di astenersi dal compiere atti che alterino la consistenza del suo patrimonio.

<sup>401</sup> F. MASTROPAOLO, *I contratti*, cit., p. 50 s.

<sup>402</sup> Talvolta viene impiegata anche la nozione di «garanzie aggiuntive» per indicare che si tratta di elementi posti ad integrare e rafforzare un apparato di sicurezza del credito già insito nel rapporto obbligatorio; sul punto cfr. L. PIAZZA, *Garanzia*, cit., p. 3. La necessità di rafforzare ulteriormente il rapporto obbligatorio si giustifica per il fatto che l'esecuzione delle prestazioni di un contratto rappresenta «il frutto di una decisione imponderabile ed insostituibile del debitore, che può essere solo sollecitato ad adempiere attraverso strumenti che rendano per lui più sconsigliato l'altro corno dell'alternativa», così A. VENTURELLI, *Contratto preliminare, pericolo di revocatoria e «mutamento» delle condizioni patrimoniali*, in *Obbl. e contr.*, 2011, 4, p. 269.

Le figure cui tipicamente il codice civile assegna una funzione di garanzia presentano una caratterizzazione dogmatica omogenea, atteggiandosi tutte come diritti soggettivi accessori al credito in grado di rafforzare la posizione del creditore.

Nella categoria delle garanzie specifiche nominate rientrano i privilegi, le garanzie reali (pegno e ipoteca), la fideiussione e, secondo taluno, l'anticresi<sup>403</sup>.

Sulla scorta delle suddette fattispecie normative, la dottrina ha riconosciuto la funzione di garanzia specifica a strumenti che, da un lato, estendono ad un altro soggetto la responsabilità patrimoniale e la garanzia generica collegate all'obbligazione; dall'altro lato, individuano un bene del debitore (o di un terzo) che sarà specificamente destinato a risentire le conseguenze dell'inadempimento del debitore<sup>404</sup>. Con riguardo a quest'ultima categoria, la funzione della garanzia specifica è dunque quella di rendere certa la realizzazione della responsabilità patrimoniale del debitore nel caso di inadempimento, individuando un certo bene di quest'ultimo che sarà specificamente destinato alla soddisfazione del creditore.

Le singole figure di garanzia specifica non devono essere intese come istituti che assolvono a funzioni diverse da quelle che in qualsiasi obbligazione sono assicurate dalla garanzia generica; esse, infatti, non si affiancano o sostituiscono a quest'ultima, ma bensì agiscono al suo interno, accrescendone la consistenza<sup>405</sup>.

<sup>403</sup> Sostiene la natura di garanzia dell'anticresi L. PIAZZA, *Garanzia*, cit., p. 4, rilevando come la stessa rafforzi il profilo della responsabilità mediante la diretta ed esclusiva percezione da parte del creditore dei frutti dell'immobile che ne costituisce oggetto. Argomenti testuali, seppur non decisivi, a favore della configurabilità dell'istituto in termini di garanzia sarebbero offerti dagli stessi artt. 1960 e 1963 c.c.

<sup>404</sup> In questo senso, M. FRAGALI, *Garanzia e diritti di garanzia*, cit., p. 453; G. TUCCI, *Garanzia. Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, p. 1; A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999, p. 35 ss.; D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XIX, Milano, 1956, p. 4 s.; F. MASTROPAOLO, *I contratti*, cit., p. 83.

<sup>405</sup> Ad esempio, il pegno e l'ipoteca producono l'effetto di accentuare il profilo della responsabilità patrimoniale (oltre che a stimolare il debitore all'adempimento quando il vincolo riguarda beni propri). La fideiussione, invece, realizzando una duplicazione o moltiplicazione (nel caso di cofideiussione) del rapporto obbligatorio accentua simultaneamente sia la fiducia nell'adempimento sia la garanzia patrimoniale, così L. PIAZZA, *Garanzia*, cit., p. 3.

Tra le garanzie che si riferiscono alle obbligazioni e danno sicurezza al creditore circa l'adempimento della prestazione rientrano anche quelle derivanti da specifici atti di autonomia privata, la cui funzione pratico-sociale consiste proprio nel dare sicurezza al creditore<sup>406</sup>. Più precisamente, le garanzie possono essere costituite da appositi contratti, da negozi unilaterali quando ciò è permesso dalla legge ai privati (cfr. art. 2821 c.c.), da negozi uni-, bi- o plurilaterali di carattere patrimoniale e rientranti nei *trusts*, oppure possono essere previste espressamente dalla legge in occasione di particolari contratti, di cui costituiscono uno degli effetti, e nel quadro dei collegamenti negoziali<sup>407</sup>. In questi casi la funzione di garanzia costituisce causa dei contratti, ma non è escluso che altri contratti aventi una propria e diversa causa, possano in concreto combinarla con una funzione di garanzia<sup>408</sup>. L'individuazione della funzione di garanzia nell'idoneità di uno strumento a rafforzare l'aspettativa di adempimento del creditore attraverso elementi ulteriori rispetto a quelli normalmente accordati dalla legge prescinde dunque dal tipo strutturale delle fattispecie rilevanti. In tale ottica, può riconoscersi la funzione di garanzia anche a schemi negoziali che non siano caratterizzati da una netta separazione tra l'elemento costitutivo del credito e quello costitutivo della garanzia ovvero a fattispecie nelle quali tale separazione sia del tutto assente<sup>409</sup>.

6. *La funzione solutoria. La datio in solutum.* – Diversa dalla funzione di garanzia è la funzione solutoria, «da intendere come soddisfazione dell'interesse finale sottostante il lato attivo del rapporto obbligatorio, indipendentemente dalla compresenza nel fatto solutorio di un atto di adempimento dell'obbligo»<sup>410</sup>.

<sup>406</sup> F. MASTROPAOLO, *I contratti*, cit., p. 30 s.

<sup>407</sup> *Ivi*, p. 93 ss.

<sup>408</sup> F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, 2° ed., Torino, 1995, p. 66.

<sup>409</sup> Si pensi ad esempio a schemi negoziali come la riserva della proprietà. Nel senso che la vendita con riserva di proprietà assolve una funzione di garanzia in senso tecnico C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. di dir. civ. ital.*, diretto da F. Vassalli, VIII, 1, II ed., Torino, 1993, p. 903 ss.

<sup>410</sup> L. BARBIERA, *Garanzia del credito*, cit., p. 178.

L'estinzione del rapporto, quando non sia dovuta alla volontà delle parti, è legata alla realizzazione dell'interesse per cui il rapporto fu costituito, o all'esaurimento o all'impossibilità di attuarlo.

Il modo «tipico» di estinguere l'obbligazione è costituito, come è noto, dall'adempimento del debitore, ma l'obbligazione può estinguersi anche per cause diverse ed il carattere comune a questi altri modi di estinzione è appunto quello di essere «diversi dall'adempimento».

Come fatti estintivi diversi dall'adempimento il codice civile considera la novazione (artt. 1230-1253 c.c.), la remissione del debito (artt. 1236-1240 c.c.), la compensazione (artt. 1241-1252 c.c.), la confusione (artt. 1253-1255 c.c.) e la impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore (artt. 1256-1259 c.c.).

Secondo un orientamento dottrinale, i modi di estinzione diversi dall'adempimento – tradizionalmente distinti in satisfattori (compensazione e confusione) e non satisfattori (o “liberatori solo per il debitore”: novazione oggettiva, remissione del debito e impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al debitore)<sup>411</sup> – dovrebbero essere maggiormente differenziati, con la collocazione dei primi (satisfattori) nella più appropriata *species* concettuale di «surrogati dell'adempimento», e dei secondi (non satisfattori) nella diversa categoria delle «vicende estintive soltanto liberatorie per il debitore»<sup>412</sup>. Secondo la ricostruzione in esame, i surrogati dell'adempimento coincidono con le ipotesi di piena realizzazione dell'interesse creditorio tramite uno strumento diverso dall'esatta prestazione originaria, mentre le vicende estintive liberatorie

<sup>411</sup> Secondo l'insegnamento comune, sono satisfattivi i modi di estinzione che si rivelano idonei a realizzare l'interesse originario del creditore o un suo interesse succedaneo e pienamente sostituibile al primo; mentre sono non satisfattivi i modi di estinzione che comportano la perdita del diritto di credito senza alcun vantaggio sostitutivo per il creditore: cfr. P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1975, p. 2 ss.; C. M. BIANCA, *o.l.u.c.*; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica-P. Zatti, Milano, 1991, p. 687.

<sup>412</sup> E. MOSCATI, *I modi di estinzione tra surrogati dell'adempimento e vicende estintive liberatorie*, in A. Burdese – E. Moscati (a cura di), *I modi di estinzione*, in L. Garofalo – M. Talamanca, *Tratt. delle obbl.*, 2008, p. 4.



consistono nelle fattispecie in cui l'obbligazione viene meno senza che l'interesse creditorio venga, neanche indirettamente, realizzato.

Alle ipotesi tradizionali dei modi di estinzione soddisfattori vengono accostati gli istituti della prestazione in luogo dell'adempimento (art. 1197 c.c.), della cessione di credito in luogo dell'adempimento (art. 1198 c.c.)<sup>413</sup>, della cessione dei beni ai creditori (con esclusivo riferimento ai profili della realizzazione dell'interesse creditorio: art. 1977 e 1984 c.c.), del deposito dopo l'offerta reale (art. 1210 c.c.) e del sequestro liberatorio (art. 1216 c.c.), in quanto gli stessi realizzerebbero l'interesse creditorio attraverso un meccanismo diverso dall'esecuzione della prestazione originariamente dovuta<sup>414</sup>.

Tra i surrogati dell'adempimento, rilievo centrale assumono, ai fini della nostra indagine, gli artt. 1197 e 1198 c.c., sulla *datio in solutum*<sup>415</sup>.

<sup>413</sup> Già con riferimento alle fattispecie di cui agli artt. 1197 e 1198 c.c. cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile, L'obbligazione*, Milano, 1993, p. 430.

<sup>414</sup> E. MOSCATI, *I modi di estinzione*, p. 4 ss.

<sup>415</sup> Le disposizioni in commento prevedono: i) il divieto per il debitore di effettuare una prestazione diversa da quella dovuta senza il consenso del debitore; ii) in caso di consenso, la subordinazione della liberazione all'esecuzione della prestazione anziché a quel solo consenso; ciò vale anche ove il bene sostitutivo sia costituito da un credito, dovendosi qualificare la cessione pro solvendo ove non consti una diversa volontà delle parti; iii) l'obbligo per la garanzia dai vizi e dall'evizione ove la prestazione che si sostituisce a quella originaria consista nel trasferimento di un diritto, salva la facoltà per il creditore di domandare in tal caso la prestazione originaria oltre al risarcimento dei danni; iv) l'effetto estintivo delle garanzie di terzi prestate in relazione all'obbligazione originaria anche quando il creditore, stante il vizio o l'evizione subita sul diritto sostitutivo, abbia rinunciato a questo per pretendere nuovamente quella; v) qualora il bene sostitutivo sia costituito da un credito, che la liberazione del debitore possa avvenire in presenza della fattispecie indicata dal capoverso dell'art. 1267 c.c., ovvero se vi sia negligenza del creditore nel riscuotere il credito ceduto.

Tale espressione, risalente al diritto romano<sup>416</sup> e fatta propria anche dalla relazione al codice civile<sup>417</sup>, descrive tutte le ipotesi di attribuzione di una prestazione in sostituzione di quella originaria<sup>418</sup>.

Di *datio in solutum* si parla talora con riferimento all'ipotesi specifica in cui la consegna della prestazione sostitutiva avvenga contestualmente all'accordo di sostituzione (*datio in solutum* «in senso stretto»), talaltra con riguardo al potere del debitore di modificare unilateralmente l'oggetto dell'obbligazione al momento dell'esecuzione (*pactum de in solutum dando*)<sup>419</sup>.

Le disposizioni contenute negli artt. 1197 e 1198 del c.c. confermano il principio posto dal successivo art. 1218 c.c., dal quale si ricava che si ha adempimento dell'obbligazione solo allorché venga eseguita esattamente la prestazione che ne forma l'oggetto, non potendo appunto il debitore effettuare l'adempimento con l'offerta di una prestazione difforme, neppure qualora la stessa assuma un valore superiore a quella originaria: la regola è infatti *aliud pro alio invito domino solvi non potest*<sup>420</sup>.

<sup>416</sup> V. ad es. D. 44.4.L.4; A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1994, p. 337; in realtà la figura ha riferimenti anche in epoche precedenti: cfr. G. ASTUTI, voce *Dazione in pagamento (storia)*, *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 727 ss.

<sup>417</sup> N. 565: «se il creditore consente ad una *datio in solutum* l'obbligazione si estingue quando la prestazione è eseguita (art. 1197, comma 1°)».

<sup>418</sup> V. per tutti M. ALLARA, *La prestazione in luogo di adempimento*, Palermo, 1927, p. 49, che preferisce la locuzione «prestazione in luogo dell'adempimento» a tutte le altre.

<sup>419</sup> A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Milano, 1987, p. 11, p. 69 ss.; A. D. CANDIAN, *La prestazione in luogo dell'adempimento*, Milano, 1987, p. 11 s., p. 117 ss.; in precedenza, sull'ammissibilità di un tale patto «che coincide, in parte, con la novazione oggettiva» v. F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1959, III p. 271. In argomento v. anche D. RUBINO, *Delle obbligazioni*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1961, *sub art. 1285 c.c.*, p. 36; P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione*, cit., p. 90 e 92; v. anche U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 555 e C. M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 438.

<sup>420</sup> Cfr. F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1999, II, 1, p. 47 s.; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 271. Per la letteratura più antica si rinvia per tutti a M. ALLARA, *La prestazione in luogo di adempimento*, cit., p. 4. In giurisprudenza v. Cass., 5 febbraio 1969, n. 383.

È evidente che l'interesse tutelato dall'ordinamento non è tanto quello all'acquisto del valore che la prestazione assuma, quanto invece la soddisfazione del creditore in ordine ad uno specifico e determinato bene della vita<sup>421</sup>.

Come si è già accennato, benché l'art. 1197 c.c. esordisca con il divieto per il debitore di eseguire una prestazione diversa da quella dovuta, la disposizione ammette in realtà la possibilità di un accordo tra debitore e creditore per sostituire la prestazione dovuta con un'altra. Si tratta a ben vedere di un contratto volto a modificare l'oggetto del preesistente rapporto obbligatorio<sup>422</sup>, sulla cui ammissibilità non ci sarebbero stati dubbi anche in difetto della previsione in esame<sup>423</sup>.

La subordinazione dell'effetto estintivo della *datio* al consenso del creditore e all'esecuzione della prestazione sostitutiva propria del meccanismo in parola si giustifica nel senso già esaminato, ovvero per essere lo stesso volto a tutelare non l'interesse del creditore a percepire il valore corrispondente ad una determinata prestazione quanto invece la prestazione stessa nella propria identità<sup>424</sup>.

Anche la giurisprudenza riconosce natura contrattuale alla *datio in solutum*<sup>425</sup>.

<sup>421</sup> Così D. BARBERO, *Sistema*, cit., p. 34; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1974, I, p. 209; R. MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. al c.c.*, Torino, 1982, sub art. 1197 c.c., p. 157; v. altresì A. CANDIAN, voce *Prestazione in luogo dell'adempimento*, in *Dig. sez. civ.*, Torino, 1996, XIV, p. 264. Per la tesi che l'interesse tutelato «è necessariamente diverso da quello originario: è l'interesse ad ottenere un'attribuzione diversa da quella dovuta» v. R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Milano, 1968, p. 136 ss.; A. M. MARCHIO, voce *Dazione in pagamento*, *Enc. giur.*, X, Roma, 1988, p. 2.

<sup>422</sup> Così già C. CROME, *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, Milano, 1908, p. 331; fautore della natura modificativa del *pactum de in solutum dando* è A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento*, cit., p. 11, p. 117 ss.

<sup>423</sup> Sul generale consenso alla fattispecie in vigore del codice del 1865, ove difettava una disposizione espressa, v. T. AMBROSETTI, voce *Datio in solutum*, *Dig.*, Torino, 1887-1898, IX, I, p. 123 e l'intera monografia di M. ALLARA, *La prestazione in luogo di adempimento*, cit.

<sup>424</sup> G. SICCHIERO, *La prestazione in luogo dell'adempimento*, in *Contr. impr.*, 2002, 3, p. 1387.

<sup>425</sup> V. ad es. Cass., 6 agosto 1951, n. 2931, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1951, II, p. 868; Cass., 8 maggio 1965, n. 848, in *Foro pad.*, 1966, I, c. 416; Cass., 3 ottobre 1966, n. 2404, in *Giur. it.*, 1967, I, 1, c. 162 («negozio»); App. Roma, 11 settembre 1969, in *Giur. merito*, 1972, I, p. 534 si esprime in termini di «negozio traslativo oneroso che si innesta nel negozio solutorio e trova in esso la sua causa».

La particolarità del contratto in esame è data dal fatto che l'effetto estintivo dell'obbligazione preesistente deriva non dalla conclusione dell'accordo di sostituzione ma dall'adempimento della prestazione sostitutiva; tale circostanza distingue a ben vedere la prestazione in luogo dell'adempimento dalla novazione, che produce invece immediatamente l'estinzione dell'obbligazione<sup>426</sup>.

L'accordo di sostituzione ha la funzione di consentire al debitore di eseguire una prestazione diversa da quella già dovuta, stante altrimenti, come già detto, la regola *aliud pro alio invito domino solvi non potest*; in assenza di un simile accordo, peraltro, il debitore è già tenuto ad eseguire la prestazione originaria.

Lo stretto legame esistente fra l'obbligazione preesistente e l'accordo di sostituzione – nel senso che quest'ultimo si giustifica solo se la prima esista – esclude l'astrattezza della *datio*<sup>427</sup>, giacché altrimenti si sarebbe in presenza di un'attribuzione patrimoniale non fondata su alcun titolo<sup>428</sup> e dunque di una prestazione indebita<sup>429</sup>. In tale prospettiva, se si attribuisce rilievo, da un lato, alla funzione svolta dalla *datio*, che è quella di soddisfare comunque il creditore in relazione al suo preesistente diritto, dall'altro, al fatto che tale effetto si produce solo allorché questi riceva la prestazione e non in virtù dell'accordo di sostituzione, risulta pienamente condivisibile la tesi per cui la causa di tale accordo è solutoria o causa di adempimento (*solvendi causa*)<sup>430</sup>.

<sup>426</sup> Cfr. ancora la relazione, n. 565, ove si distingue tra novazione, che produce effetti obbligatori e *datio*, diretta ad adempiere; l'evidente confusione tra l'accordo volto a consentire la *datio* e la sua esecuzione deriva probabilmente dal convincimento che accordo e *datio* avvengano contestualmente, eventualità probabile ma peraltro non necessaria, sul punto cfr. G. SICCHIERO, *La prestazione in luogo dell'adempimento*, cit., nota 29.

<sup>427</sup> S. RODOTÀ, voce *Dazione in pagamento (diritto civile)*, *Enc. dir.*, Milano, 1962, XI, p. 737; *contra* per taluni profili di astrattezza v. M. ALLARA, *La prestazione in luogo di adempimento*, cit., p. 186 ss. Per l'autonomia della *datio* dal titolo sottostante A. M. MARCHIO, voce *Dazione in pagamento*, cit., p. 3.

<sup>428</sup> Cfr. T. AMBROSETTI, voce *Datio in solutum*, cit., p. 133.

<sup>429</sup> C. M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 439.

<sup>430</sup> V. POLACCO, *Della dazione in pagamento*, Padova-Verona, 1888, p. 18; MESSINEO, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 273; A. BUTERA, *sub art.* 1197, in *Codice civile italiano commentato*, Torino, 1943, p. 72; D. BARBERO, *Sistema del diritto privato*, cit., p. 34; A. DI MAJO, *Dell'adempimento*, cit., p. 345 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 438; A. M. MARCHIO, voce *Dazione in pagamento*, cit., p. 2; parlano di «natura estintiva della *datio*» R. MICCIO, *Delle obbligazioni*, cit., p. 158; S. RODOTÀ, voce *Dazione in*

Qualora l'accordo di sostituzione riguardi un'obbligazione inesistente, perché mai sorta oppure perché venuta meno, lo stesso sarà evidentemente nullo per mancanza di causa<sup>431</sup>.

Quanto affermato non implica, peraltro, la sussistenza, nella fattispecie in esame, di una causa di scambio in quanto può aversi *datio in solutum* anche di fronte alla sostituzione di un'obbligazione derivante da un contratto gratuito o di liberalità<sup>432</sup>.

Dibattuta è poi la natura onerosa o meno dell'accordo.

L'orientamento maggioritario propende per la soluzione positiva rilevando semplicemente che la *datio* «serve ad estinguere una obbligazione precedente»<sup>433</sup>. Una attenta dottrina ha, tuttavia, rilevato come si parli usualmente di «titolo

*pagamento (diritto civile)*, cit., p. 737; P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione*, cit., p. 95 e 156. Per la configurazione quale causa di adempimento cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 37 ss. M. ALLARA, *La prestazione in luogo di adempimento*, cit., p. 30 ss. e spec. p. 71 contestava tale funzione, in quanto scopo della *datio* è «quello di effettuare un surrogato dell'adempimento».

<sup>431</sup> M. ALLARA, *La prestazione in luogo di adempimento*, cit., p. 156.

<sup>432</sup> Un diverso orientamento ha osservato che se la causa è costituita dalla giustificazione dello scambio o altrimenti degli impegni reciproci nei contratti associativi, si dovrebbe allora tracciare un concetto di causa che riguardi anche altre fattispecie in cui ricorrano elementi diversi idonei a sorreggere il contratto sebbene difetti lo scambio. Ciò viene affermato proprio in relazione ai contratti solutori: «un'altra buona ragione per giustificare un contratto che non abbia causa di scambio è la realizzazione del credito stesso». In tale contesto la *datio in solutum* svolgerebbe una duplice funzione: «ciò che la giustifica è il mix tra vantaggio del solvens, che con la prestazione pur diversa da quella dovuta si libera dal debito (causa di scambio), e la soddisfazione del credito (causa solvendi)», cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 370); *contra* G. SICCHIERO, *La prestazione in luogo dell'adempimento*, cit., p. 1408 il quale, pur condividendo la funzione solutoria della *datio*, non ritiene che il vantaggio per il *solvens* ne integri la causa, «la quale è indifferente a tale aspetto, trattandosi della semplice conseguenza dell'adempimento, che è appunto un comportamento neutro e non un atto di volontà».

<sup>433</sup> C. GRASSETTI, voce *Datio in solutum (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1960, V, p. 174; M. ALLARA, *La prestazione in luogo di adempimento*, cit., p. 46; MESSINEO, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 273; A. BUTERA, *sub art. 1197*, cit., p. 72; S. RODOTÀ, voce *Dazione in pagamento (diritto civile)*, cit., p. 737; A. M. MARCHIO, voce *Dazione in pagamento*, cit., p. 2 s.

oneroso» quando si sia in presenza di contratti «da cui causa si basa su uno scambio di prestazioni<sup>434</sup>» e non solo perché estinguono un precedente rapporto<sup>435</sup>.

Nel tentativo di risolvere il problema, autorevole dottrina è giunta ad affermare che «il contratto non è dunque a titolo oneroso in senso proprio ma contiene una subordinazione reciproca di opposti interessi la quale è tanto più accentuata se la prestazione si riferisce a un'obbligazione scendente da un contratto a titolo oneroso»<sup>436</sup>.

La dottrina più recente ha rilevato che una valutazione in astratto del titolo del contratto non consente di formulare una risposta in termini univoci: se la prestazione sostitutiva assume valore superiore a quello originario senza obbligo di restituzione della differenza, si potrebbe in realtà configurare un contratto con causa mista (*mixtum cum donatione*) ove il maggior valore sia attribuito volontariamente ed a titolo di liberalità; nel caso contrario, un contratto misto tra *datio in solutum* e remissione; od ancora – se risulti la rinuncia del creditore all'azione per danni – una transazione mista<sup>437</sup>. Al di fuori di tali casi, l'irrilevanza della differenza dei valori rispetto alle determinazioni delle parti rende l'accordo sulla *datio* neutro rispetto all'obbligazione sostituita, perché la sostituzione avviene appunto «alla pari» ossia senza scambio<sup>438</sup>.

7. (segue) *l'incompatibilità funzionale tra patto commissorio e patto marciano da un lato, e datio in solutum dall'altro.* – Come accennato in apertura, le vedute della dottrina tradizionale, che attribuisce al patto commissorio e, di conseguenza, al patto marciano, una funzione di garanzia, sono state messe in discussione da alcuni

<sup>434</sup> F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit. p. 189.

<sup>435</sup> G. SICCHIERO, *La prestazione in luogo dell'adempimento*, cit., p. 1408.

<sup>436</sup> L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1962, III, p. 147.

<sup>437</sup> G. SICCHIERO, *La prestazione in luogo dell'adempimento*, cit., p. 1409 s. secondo il quale la qualifica di onerosità o meno della *datio* deve assumersi in relazione alle fattispecie rispetto alle quali viene in considerazione e non in via generale ed astratta.

<sup>438</sup> Cfr. G. BISCONTINI, *Adempimento parziale e datio in solutum*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, II, secondo il quale «la conservazione dell'originaria obbligazione postula che la modificazione non incida sulla sua giustificazione causale o sulla sua identificazione oggettiva».

autori che hanno rinvenuto nelle convenzioni in esame una causa non di garanzia bensì solutoria<sup>439</sup>.

Per sondare la fondatezza della ricostruzione occorre indagare i rapporti tra patto commissorio e patto marciano da un lato, e *datio in solutum* dall'altro.

Come si è ampiamente illustrato, per la configurazione del patto commissorio, occorre che l'accordo sia volto a far acquistare la proprietà del bene al momento della scadenza dell'obbligazione inadempita, senza che il debitore possa sottrarsi a tale ineluttabile conseguenza proprio per il patto pregresso. La differenza rispetto alla *datio in solutum* si coglierebbe secondo la giurisprudenza in tale circostanza, giacché con la *datio* non si sarebbe in presenza di un vincolo già formato ma della proposta del debitore al proprio creditore, di accettare un bene in sostituzione di altro<sup>440</sup>.

L'affinità delle due fattispecie appare maggiore ove si valuti l'accordo dal solo profilo della sostituzione di una prestazione all'altra: una volta concluso il patto commissorio il creditore acquista la proprietà del bene in caso di inadempimento del debitore; nella *datio in solutum* il debitore deve far acquistare la proprietà del bene in virtù dell'accordo di sostituzione.

Nondimeno le due figure non paiono sovrapponibili in quanto nel patto commissorio il trasferimento del diritto sostituisce la precedente prestazione proprio a causa dell'inadempimento della prestazione originaria ed il patto è funzionalmente diretto a garantire il creditore in tale ipotesi; nella *datio in solutum*, invece, la sostituzione della prestazione originaria può anche non avvenire, rimanendo in vita la prestazione originaria: in questo caso non vi è infatti un collegamento teleologico necessario tra prestazione sostitutiva e prestazione originaria (ferma restando la possibilità che il bene venga offerto in *solutum* perché non si è in grado di eseguire la prestazione originaria e si vogliono evitare le conseguenze dell'inadempimento). La differenza strutturale delle due fattispecie si coglie dunque nell'apparente alternatività che lega le due prestazioni nel patto

<sup>439</sup> Sostengono questa tesi, in particolare, F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 420 ss.; N. CIPRIANI, *Patto commissorio*, cit., p. 109 ss.

<sup>440</sup> Cass., 3 febbraio 1999, n. 893, in *Corr. giur.*, 1999, p. 1127; Cass., 6 novembre 1996, n. 9675; Cass., 17 maggio 1990, n. 4283, in *Vita not.*, 1990, p. 535. Per una rassegna si rinvia a L. NAPOLITANO, *Patto commissorio e datio in solutum*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 876.

commissorio, fungendo cioè l'inadempimento dell'una da condizione per l'acquisto della proprietà del bene concesso in garanzia: impossibilità che vale allora da presupposto per il trasferimento del diritto e che risulta connotare il contratto, al contrario della *datio*<sup>441</sup>. Si è osservato che «la dazione realizza l'estinzione del rapporto obbligatorio e non già un rafforzamento della posizione del creditore rispetto ad un determinato bene<sup>442</sup>» come accade invece nel patto commissorio.

Il problema dell'esatta qualificazione dei casi dubbi deve essere superato di volta in volta avuto riguardo alla libertà o meno di concludere l'accordo, considerando che nel patto vietato ex art. 2744 c.c. l'acquisto del diritto è una conseguenza necessaria dell'accordo e subordinata all'inadempimento di una prestazione, requisiti che mancano invece nella *datio in solutum*<sup>443</sup>.

La prima ipotesi pratica dai contorni sfumati che viene in rilievo è quella relativa all'accordo per sostituire la prestazione originaria con il bene concesso in garanzia. Come detto, per accertare se si sia in presenza di un patto commissorio occorrerà verificare il collegamento tra l'obbligazione originaria e quella sostitutiva: qualora il patto non preveda l'inadempimento come condizione del trasferimento la fattispecie dovrà qualificarsi come *datio in solutum* appunto perché il bene oggetto di garanzia viene liberamente attribuito al posto di quanto si doveva in origine; in caso contrario, ricorreranno i presupposti dell'accordo vietato<sup>444</sup>.

Nel caso diverso della *datio in solutum* sospensivamente condizionata all'inadempimento dell'obbligazione principale entro un determinato termine, il collegamento funzionale tra l'obbligazione originaria e quella sostitutiva riconduce la fattispecie nell'ambito di applicazione dell'art. 2744 c.c.<sup>445</sup>.

Si considera poi ammissibile l'apposizione alla *datio in solutum* di una condizione risolutiva consistente nell'adempimento dell'obbligazione principale. Ed invero, una volta ritenuto che anche la *datio* possa essere assoggettata a condizione

<sup>441</sup> G. SICCHIERO, *La prestazione in luogo dell'adempimento*, cit., p. 1429 s.

<sup>442</sup> S. D'ERCOLE, *Sull'alienazione in garanzia*, in *Contr. impr.*, 1995, 1, p. 242.

<sup>443</sup> G. SICCHIERO, *La prestazione in luogo dell'adempimento*, cit., p. 1430.

<sup>444</sup> *Ivi*, p. 1431.

<sup>445</sup> A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1987, p. 252 ss.; S. D'ERCOLE, *Sull'alienazione*, cit., p. 256.



risolutiva, non pare ricorrere alcun ostacolo alla configurabilità di questa ipotesi, in quanto il debitore può pur sempre decidere di non eseguire la prestazione originaria, rispetto alla quale egli è potenzialmente già libero. La *datio* deve tuttavia essere eseguita prima della scadenza del termine fissato per l'obbligazione principale altrimenti la funzione della condizione sarebbe proprio quella vietata dall'art. 2744 c.c. Ove, al contrario, la *datio* sia eseguita prima di quel termine il problema non si porrà giacché il debitore sarà libero di eseguire quanto in origine dovuto<sup>446</sup>.

Riannodando le fila del discorso, le figure della *datio in solutum* e del patto commissorio non risultano sovrapponibili: nel patto commissorio si prevede il trasferimento della proprietà ove questa non sia adempiuta e dunque non vi è autonomia; eguale accordo non c'è nell'obbligazione cui segue la *datio in solutum*.

Discorso diverso deve essere fatto riguardo alla distinzione tra *datio in solutum* e patto marciano. Tra queste due figure esiste una differenza radicale che ne impedisce qualunque accostamento sostanziale, in quanto, mentre il primo ricollega all'esecuzione della diversa prestazione l'immediata estinzione dell'obbligazione, il secondo comporta invece la stima del bene e l'imputazione del suo valore al pagamento del debito garantito (con il diritto del debitore alla restituzione dell'eventuale differenza)<sup>447</sup>. L'obbligo del creditore di restituire al debitore l'(eventuale) eccedenza tra il valore del bene e il debito che caratterizza la convenzione marciانا è a ben vedere incompatibile con la *datio in solutum*, stante la causa solutoria di quest'ultima.

<sup>446</sup> G. SICCHIERO, *La prestazione in luogo dell'adempimento*, cit., p. 1431; *contra* A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 6, p. 1406, secondo il quale la *datio in solutum* quale negozio solutorio non tollera l'apposizione di condizioni in genere. Il tema è controverso, sul punto cfr. A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento*, cit., p. 249 ss.; S. RODOTÀ, voce *Dazione in pagamento (diritto civile)*, cit., p. 738; V. BARBA, *Prestazione in luogo di adempimento*, in *Comm. del cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, Artt. 1173-1217, Torino, 2012, p. 566.

<sup>447</sup> Potendo la *datio in solutum* consistere anche in una prestazione di valore maggiore rispetto alla prestazione originariamente dovuta, una volta raggiunto l'accordo tra debitore e creditore, quest'ultimo non è tenuto a restituire l'eccedenza di valore, diversamente da quanto previsto dalla disciplina del patto marciano. Sul punto cfr. G. IACCARINO, *Il rimedio del patto marciano nel diritto positivo*, in *Imm. e propr.*, 2017, 2, p. 105.

8. *Il patto marciano «bancario» come alienazione con funzione di garanzia e di autosoddisfacimento del creditore.* – Come ampiamente illustrato, l'art. 48-*bis* TUB prevede l'inserimento, all'interno del contratto di finanziamento concluso tra un imprenditore e una banca o altro soggetto autorizzato a concedere finanziamenti, di una pattuizione che, a garanzia dell'adempimento, contempra il trasferimento – in favore del creditore o di una società dallo stesso controllata o al medesimo collegata – della proprietà di un immobile o di un altro diritto immobiliare dell'imprenditore o di un terzo<sup>448</sup>. All'indomani dell'entrata in vigore della norma, l'interrogativo che ha sollevato maggiore attenzione nei contributi immediatamente successivi è stato quello relativo alla causa del negozio. I dubbi derivano dal diverso regime previsto dal legislatore, *quoad effectum*, all'art. 48-*bis* e all'art. 120-*quinquiesdecies*. Come si è avuto modo di vedere, l'art. 48-*bis* non risolve esplicitamente il problema se il trasferimento del diritto in esecuzione della clausola marciana estingua per intero l'obbligazione verso la banca, anche quando il valore dell'immobile risulti inferiore al credito rimasto inadempito<sup>449</sup>. L'identico problema trova, invece, risposta esplicita – ed affermativa – nella disciplina dei contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili (art. 120-*quinquiesdecies*) e in quella del prestito vitalizio ipotecario (art. 11-*quaterdecies*)<sup>450</sup>.

Nel tentativo di superare questa disparità di trattamento, un primo approccio interpretativo è stato quello di riconoscere anche al patto marciano di cui all'art. 48-*bis* una funzione solutoria, con il conseguente beneficio dell'esdebitazione per il soggetto finanziato.

Questa prospettiva è stata assunta da coloro che hanno colto le affinità tra la convenzione di cui all'art. 48-*bis* e la *datio in solutum*. I sostenitori dell'orientamento in parola hanno, infatti, rilevato come, al pari della *datio in solutum*, dal lato debitorio, vi sia l'opportunità di sostituire la prestazione originariamente dovuta con altra prestazione consistente nel trasferimento del bene dato in garanzia. Viceversa, dichiarando di volersi avvalere degli effetti del patto, il creditore non

<sup>448</sup> Cfr. *supra*, Cap. II.

<sup>449</sup> Cfr. *supra*, Cap. II, § 4.

<sup>450</sup> Cfr. *supra*, Cap. I, §§ 11 e 13.

farebbe altro che accettare la prestazione diversa; per altro verso, nel momento in cui comunicherà al debitore il valore di stima, versandogli eventualmente l'eccedenza, il soggetto finanziatore non potrà che dar luogo all'estinzione dell'obbligazione. Per tutte queste ragioni, si è affermato che più che un patto marciano, l'art. 48-*bis* assumerebbe il carattere di un vero e proprio contratto solutorio<sup>451</sup>, con la conseguenza che anche se il valore del bene trasferito al creditore fosse inferiore all'ammontare del finanziamento, l'accettazione del

<sup>451</sup> A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48-bis T.U.B. è davvero il patto marciano?*, in *Corr. giur.*, 2016, 12, p. 1480 ss.; N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 5, p. 1014 ss.; S. PAGLIANTINI, *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura (ragionata) dell'art. 48 bis t.u.b.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 5, p. 938 ss. Spettando al creditore l'attivazione del meccanismo marciano in commento, potrebbe, in astratto, sostenersi che lo stesso dia vita, anziché ad una *datio in solutum*, ad una obbligazione (oggettivamente) complessa, e precisamente ad una obbligazione alternativa, con scelta della prestazione affidata al creditore. Sennonché, l'infondatezza di una simile ricostruzione si desume dalla circostanza per cui le prestazioni che sarebbero da considerare come dedotte in *obligatione* «alternativamente» sarebbero suscettibili di determinare un mutamento della qualificazione del rapporto contrattuale, che da contratto di mutuo (qualora la banca scegliesse la prestazione consistente nella restituzione della somma ricevuta dal finanziato) si trasformerebbe in contratto traslativo (nel caso in cui la banca scegliesse la controprestazione rappresentata dal trasferimento del diritto sul bene immobile oggetto del patto marciano). Deve peraltro osservarsi come il potere di scelta della prestazione attribuito al creditore, in realtà sorgerebbe (solo) nel caso in cui il debitore fosse inadempiente, in relazione all'esecuzione dell'altra prestazione (che egli ha l'obbligo, ma altresì il diritto di effettuare). Ma vi è di più: nel caso in cui il mutuatario sia solo parzialmente inadempiente (perché ha versato una o più rate di rimborso del mutuo), nel caso di attivazione della clausola marciana da parte del creditore, si dovrebbe immaginare che entrambe le (supposte) obbligazioni «alternative» finiscano parzialmente per trovare esecuzione. Ecco allora che l'inserimento del patto marciano non rende «oggettivamente» complessa l'obbligazione, che rimane un'obbligazione semplice avente ad oggetto la restituzione della somma mutuata. Quanto poi all'opportunità di qualificare il patto marciano in commento in termini di una obbligazione facoltativa, occorre rilevare come nell'obbligazione facoltativa la *facultas solutionis* è nella disponibilità del debitore, mentre nella figura in esame spetta al creditore scegliere se chiedere o meno l'attuazione della clausola marciana. Peraltro, anche a questa qualificazione si oppone la circostanza che se il debitore ha adempiuto parzialmente le rate di rimborso del mutuo il trasferimento del bene oggetto del marciano costituirebbe una prestazione che si aggiungerebbe (e non si sostituirebbe) all'altra, sia pure solo parzialmente eseguita; per una completa illustrazione dei rilievi che precedono si rinvia a G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., p. 28 ss.

creditore darà luogo all'effetto estintivo dell'obbligazione. In questa prospettiva, si è posto l'accento sulla locuzione «trasferimento» di cui il legislatore fa uso sia nell'art. 1197 c.c., sia nell'art. 48-*bis* TUB.

Come si è già avuto modo di illustrare, contrariamente a quanto affermato dai sostenitori della tesi in parola, il riconoscimento del carattere di alienazione solutoria del patto non è di ostacolo all'estinzione parziale dell'obbligazione, non rinvenendosi ragioni per escludere che le parti possano accordarsi successivamente stabilendo che il debito esistente sia solo in parte soddisfatto con una prestazione diversa, e che rimanga in vita per la restante parte<sup>452</sup>.

Peraltro, ferma l'incompatibilità di cui si è già detto tra *datio in solutum* e patto marciano, la circostanza che sia rimessa alla scelta esclusiva della banca la decisione di chiedere l'esecuzione dell'accordo fa sì che il patto marciano in commento, più che una *datio in solutum* preventiva, integrando un accordo che attribuisce al creditore un diritto di optare per una prestazione con carattere solutorio diversa da quella originaria e principale dedotta in obbligazione, sarebbe in realtà qualificabile come una opzione di *datio in solutum*. Tuttavia, il richiamo all'opzione non appare del tutto congruo con la disciplina contenuta nell'art. 48-*bis* TUB, in quanto diversamente da quanto previsto in tema di opzione, il patto marciano «bancario» lascia il creditore libero di decidere se e quando far valere l'inadempimento della controparte, attivando il relativo rimedio<sup>453</sup>.

Come si è avuto modo di illustrare, nel corpo dell'art. 48-*bis* non vi è poi alcun riferimento al carattere solutorio che col trasferimento del bene realizza il patto marciano: ammetterne l'effetto vorrebbe dire privare il creditore della facoltà di agire in via esecutiva per il valore restante del credito, e ciò in evidente contraddizione con l'istanza di tutela del creditore perseguita dall'intervento legislativo in parola<sup>454</sup>.

Infine, dall'espressa previsione al comma 3 dell'art. 120-*quinquiesdecies* dell'effetto estintivo dell'intero debito a carico del consumatore si dovrebbe

<sup>452</sup> Cfr. *supra*, Cap. II, § 4.

<sup>453</sup> G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., p. 30 s.

<sup>454</sup> Sul punto v. *supra*, Cap. II, §§ 4 e 5.

giungere alla conclusione secondo cui nell'art. 48-*bis*, *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*<sup>455</sup>.

Tutto ciò considerato, pare opportuno privilegiare la ricostruzione secondo la quale al congegno marciano di cui all'art. 48-*bis* deve riconoscersi una funzione di garanzia<sup>456</sup>. Ed invero, se le conclusioni alle quali si è pervenuti a proposito della incompatibilità tra patto marciano e *datio in solutum* sono esatte è allora necessario escludere dalla rosa delle possibili opzioni ricostruttive quella che attribuisce alla figura di cui all'art. 48-*bis* TUB una funzione solutoria. L'introduzione del comma 13-*bis* nel corpo del testo, in cui il patto marciano viene chiaramente individuato quale «patto a scopo di garanzia», sembra suggerire una simile conclusione<sup>457</sup>. Anche la denominazione «trasferimento sospensivamente condizionato all'inadempimento» sembra un chiaro riferimento ad una delle principali forme di alienazione in funzione di garanzia, ossia alle alienazioni sospensivamente condizionate.

Come si è avuto modo di illustrare, con il termine garanzia specifica si fa riferimento all'insieme dei rimedi che conferiscono al creditore la sicurezza di raggiungere il risultato dedotto in obbligazione ed al quale egli è interessato, o almeno il suo equivalente economico, anche quando venga meno la prestazione del debitore o malgrado la sua opposizione o inerzia<sup>458</sup>.

È opportuno ribadire che la garanzia nelle obbligazioni è caratterizzata da una impronta marcatamente funzionale e da una dipendenza logica e strutturale rispetto alla distinta situazione soggettiva che essa mira a proteggere e a rafforzare, rendendone più sicura la realizzazione.

Per quanto di interesse, tra gli strumenti idonei a realizzare una funzione di garanzia giova richiamare quelli che individuano un bene del debitore (o di un

<sup>455</sup> Cfr. S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela*, cit., p. 1084.

<sup>456</sup> Riconoscono nell'art. 48-*bis* TUB una funzione di garanzia S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella l. n. 119/2016: il cd. patto marciano*, in *Il dir. fall.*, 5, 2016, p. 1081 s.; M. SARACENO, *Interferenze tra la garanzia ipotecaria e l'alienazione in garanzia nella disciplina dell'art. 48-bis*, in [www.notaract.com](http://www.notaract.com); D. MARI, *Il patto marciano*, cit., p. 1121 s.; S. CAMPOLATTARO, *Fenomenologia del patto marciano*, cit., p. 602.

<sup>457</sup> S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela*, cit., p. 1084.

<sup>458</sup> Cfr. *supra*, § 5.

terzo) che sarà specificamente destinato a risentire le conseguenze dell'inadempimento.

Ebbene, la funzione del patto marciano «bancario» è quella di rendere certa la realizzazione della responsabilità patrimoniale del debitore nel caso di inadempimento, mediante il trasferimento della piena proprietà di un immobile o di un altro diritto immobiliare dell'imprenditore o di un terzo in favore del creditore stesso. Così come nel caso di creazione di una garanzia speciale tipica, anche nel caso dell'art. 48-*bis* TUB, attraverso il trasferimento della proprietà del bene, non si fa altro che dare immediata tutela e immediato riconoscimento all'interesse secondario del creditore che risulterà dalla mancata attuazione del rapporto obbligatorio principale.

Il diritto riconosciuto al finanziatore sul bene conferito in garanzia mediante il patto marciano «bancario» è destinato a soddisfare un interesse finale non ancora attuale nel momento della conclusione del contratto, ma che diverrà tale al momento dell'inadempimento dell'obbligazione principale; al diritto è però, fin dall'origine, sotteso anche un interesse attuale, ossia quello del finanziatore ad ottenere la certezza che, malgrado l'inadempimento, sarà ugualmente soddisfatto. Ciò spiega perché di tale interesse si richieda immediata tutela sin dal momento in cui nasce il rapporto obbligatorio principale.

Le considerazioni che precedono consentono di affermare che il rapporto obbligatorio principale costituisce il fondamento causale dell'art. 48-*bis* TUB: l'interesse del creditore ad ottenere la prestazione della garanzia, in tanto sussiste, in quanto vi sia un credito che pur dovendo essere adempiuto potrà eventualmente rimanere insoddisfatto; in tanto si giustifica l'individuazione di un bene del debitore o del terzo che dovrà risentire le conseguenze dell'inadempimento in quanto vi sia effettivamente un debito che dovrà essere adempiuto.

La previsione pattizia del congegno di autosoddisfacimento a favore del creditore mette in luce un ulteriore angolo visuale dal quale la figura in commento deve essere guardata, ossia quello dell'autotutela esecutiva.

Come si è già avuto modo di illustrare, la responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740, comma 1, c.c. opera attraverso l'espropriazione dei beni del

debitore<sup>459</sup>. Il creditore, al fine di conseguire la soddisfazione della propria pretesa, può agire esecutivamente sui beni del debitore a ciò funzionalmente destinati.

Ai sensi dell'art. 474, comma 1, c.c. l'azione esecutiva deve essere preceduta, in via generale, dall'azione di cognizione volta all'accertamento del diritto di credito e dalla conseguente sentenza di condanna, che costituisce il titolo esecutivo<sup>460</sup>.

Fra le regole di tutela coattiva del credito rientrano le norme che apprestano le concrete modalità per consentire la realizzazione coattiva del diritto di credito contenute nel libro III del codice di procedura civile.

Le predette norme processuali volte a tutelare un interesse generale sono dette «assolute o cogenti»; hanno al contrario carattere dispositivo quelle aventi di mira un interesse individuale<sup>461</sup>. Esclusivamente con riguardo a quest'ultima categoria, in taluni casi, le parti sono libere di accordarsi in deroga alle stesse.

Le norme disciplinanti il processo esecutivo sono inderogabili ad opera dell'autonomia privata, non essendo ammissibile un processo esecutivo convenzionale<sup>462</sup>. Ciò non significa, tuttavia, che debitore e creditore non possano modificare la disciplina del rapporto obbligatorio in punto di soddisfazione coattiva della pretesa creditoria, escludendo ovvero limitando l'operatività delle norme sullo svolgimento del processo esecutivo. In tale caso, infatti, le parti dispongono direttamente del rapporto obbligatorio ossia della «componente sostanziale della tutela esecutiva che si rinviene nel diritto di agire *in exsecutivis*<sup>463</sup>».

La modifica del rapporto obbligatorio in ordine alla soddisfazione coattiva della pretesa creditoria identifica gli strumenti di autotutela esecutiva.

Negli strumenti in questione, il potere di farsi giustizia da sé si fonda sul preventivo consenso del soggetto del rapporto obbligatorio alla cui attuazione la tutela è preordinata. In questi casi le parti, derogando al principio che riserva all'autorità giudiziaria la protezione di determinati interessi, convengono di adottare una forma di esecuzione che assicuri la realizzazione dell'obbligazione al

<sup>459</sup> Cfr. *supra*, Cap. II, § 4, Cap. III, § 5.

<sup>460</sup> Sul punto cfr. A. M. PALMIERI, *Gli accordi di concredito*, Milano, 2003, p. 158 s.

<sup>461</sup> G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di cognizione*, Napoli, 1980, p. 102.

<sup>462</sup> L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, Torino, 2016, p. 32.

<sup>463</sup> *Ibidem*.

di fuori del processo, con la conseguenza che il creditore finisce con l'ottenere quanto gli spetti attraverso un'esecuzione diversa da quella tipicamente giurisdizionale del codice di procedura civile<sup>464</sup>.

Come si è osservato, nel patto marciano «bancario», la realizzazione dell'interesse secondario del creditore non costituisce l'immediata conseguenza dell'inadempimento, ma è da ricollegare alla volontà del creditore di far suo il bene. Ed invero, l'art. 48-*bis* TUB ricollega al verificarsi dell'inadempimento il sorgere di un diritto potestativo della banca a produrre l'effetto traslativo previsto dal patto: un diritto che però verrà esercitato per mezzo di un'apposita dichiarazione di volontà, accompagnata dall'adempimento di successivi incombeni. L'acquisto del bene concesso in garanzia, quindi, si produce e si perfeziona solo al termine di un iter procedimentale complesso attivato e proseguito dal creditore<sup>465</sup>.

Il congegno di soddisfacimento coattivo della pretesa creditoria descritto dall'art. 48-*bis* TUB svela un'ulteriore funzione del patto: quella di autosoddisfacimento del creditore<sup>466</sup>.

<sup>464</sup> G. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984, p. 97 ss.

<sup>465</sup> Cfr. *supra*, Cap. II, § 3.

<sup>466</sup> A. LUMINOSO, *Patto marciano*, cit., p. 1400 ss. La distinzione prospettata dall'Autore tra patto marciano e *datio in solutum* muove da una originale classificazione delle diverse pattuizioni che possono riguardare l'intero arco della vita del rapporto obbligatorio. Secondo l'Autore vengono in primo luogo in rilievo i *negozi relativi all'attuazione dell'obbligazione (ossia con causa solutoria pura)*. In tale categoria l'Autore inserisce, tra le altre, la *datio in solutum*, la compensazione volontaria, le varie specie di convenzioni dirette a regolare l'adempimento di un terzo e l'indicazione del destinatario del pagamento. Proseguendo in ordine logico-cronologico, vengono poi le *convenzioni concernenti l'inadempimento*. A tal proposito vengono richiamate dall'Autore le clausole definitorie dell'inadempimento rilevante, quelle che fissano il criterio di imputazione dell'inadempimento, le pattuizioni che stabiliscono particolari presupposti o condizioni dell'inadempimento. In una fase più avanzata della vita dell'obbligazione si collocano le *convenzioni che disciplinano le conseguenze dell'inadempimento e segnatamente il contenuto della responsabilità e/o i relativi rimedi*. Nella relativa categoria vengono ricomprese le pattuizioni relative alla determinazione della misura del risarcimento del danno, le clausole penali, le clausole che prevedono interessi moratori, la caparra confirmatoria, i patti che contemplano pene private o danni punitivi (ad esempio, le astreintes), le clausole di esclusione, limitazione o aggravamento della responsabilità, le clausole di esclusione di rimedi legali contro l'inadempimento, le pattuizioni che prevedono rimedi ulteriori rispetto a quelli legali (quali,



La vera novità della disposizione si coglie proprio con riguardo a quest'ultimo aspetto. Nell'art. 48-*bis* – come per il pegno non possessorio, il credito immobiliare ai consumatori, il prestito vitalizio ipotecario, e i contratti di garanzia finanziaria – esplicandosi la tutela del debitore in via di impugnazione, l'intervento dell'autorità giudiziaria è successivo ed eventuale<sup>467</sup>.

Come si è già avuto modo di illustrare, mirando la codificazione dei patti marciani «speciali» all'introduzione nel nostro ordinamento di modalità di recupero del credito più snelle e celeri rispetto a quelle ordinarie giudiziali, deve ritenersi che le relative previsioni precludano implicitamente al debitore di proporre un'azione che sospenda il trasferimento del diritto sul bene oggetto della garanzia e il procedimento di stima, ferma la possibilità per costui di agire successivamente per contestare i presupposti del trasferimento al fine di riottenere il bene dal creditore<sup>468</sup>.

In conclusione, la causa del patto marciano «bancario» è duplice. Alla funzione di garanzia volta a rafforzare la posizione del creditore si affianca, a fronte della previsione dell'escussione stragiudiziale della predetta garanzia, anche una funzione di autosoddisfacimento del creditore.

ad esempio, garanzie aggiuntive), le clausole che disciplinano la risoluzione del contratto (v. ad es., artt. 1456 e 1457 c.c.). Da ultimo, nelle *convenzioni disciplinanti la realizzazione coattiva del credito (alla prestazione primaria e/o al risarcimento del danno da inadempimento)* vengono ricondotte, tra le altre, il pegno irregolare, gli accordi cauzionali, la cessione dei beni ai creditori e le cessioni liquidative in genere, il patto commissorio e il patto marciano, le convenzioni che modificano il regime della responsabilità patrimoniale, quali i patti di limitazione o di estensione della responsabilità patrimoniale, il contratto di pegno e quello di concessione di ipoteca, le convenzioni previste nelle procedure concorsuali ovvero gli accordi di composizione di crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio (ai sensi della legge 27 gennaio 2012, n. 3). Sulla base di tale classificazione, l'Autore rileva condivisibilmente come *la datio in solutum* costituisca un surrogato dell'adempimento, mentre il patto marciano il surrogato di un'esecuzione forzata. Colloca il patto marciano oltre la fase dell'adempimento anche F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano*, in G. D'Amico - S. Pagliantini - F. Piraino - T. Rumi, *I nuovi marciani*, Torino, 2017, p. 197.

<sup>467</sup> A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni*, cit., p. 1486 s.

<sup>468</sup> Cfr. *supra*, Cap. II, § 3,

## Conclusioni

Sia pure con riguardo ad un contesto caratterizzato da molteplici elementi di specialità, la fattispecie descritta dall'art. 48-*bis* TUB rappresenta senza dubbio la più chiara e completa codificazione del patto marciano nell'ordinamento italiano. Al contempo, la dettagliata disciplina contenuta nei tredici commi della norma consente di riconoscere nella disposizione il tentativo più rilevante di porre rimedio alle criticità che connotano le forme tradizionali di garanzia del credito, perseguendo una finalità di significativo rafforzamento della posizione del creditore, in particolare bancario.

Nel corso della trattazione è stato possibile cogliere la portata innovativa dell'intervento normativo realizzato con la disposizione menzionata, esaminandone il significato innanzitutto, per così dire, in controluce, ossia attraverso il raffronto con il divieto del patto commissorio<sup>469</sup>, alla cui *ratio* essa intende sfuggire, collocandone quindi il fondamento di validità nel più ampio contesto del patto marciano in cui si inquadra<sup>470</sup>, anche interrogandosi sull'ammissibilità di un marciano atipico<sup>471</sup>. L'esito complessivo dell'indagine ha condotto a delineare con maggiore nitidezza la funzione specifica del patto marciano «bancario».

In sintesi, la causa del patto marciano di cui all'art. 48-*bis* TUB risulta essere duplice, alla funzione di garanzia volta a rafforzare la posizione del creditore affiancandosi una funzione di autosoddisfacimento<sup>472</sup>. Ed invero, nel patto marciano «bancario», il risultato specifico di assicurare al creditore la realizzazione del suo interesse secondario – nel caso di mancata attuazione del rapporto garantito – è attuato attraverso la previsione del trasferimento della piena proprietà di un immobile o di un altro diritto immobiliare dell'imprenditore o di un terzo in favore del creditore stesso, quale forma di esecuzione forzata diversa da quella giurisdizionale disciplinata dal codice di procedura civile.

<sup>469</sup> Cfr. *supra*, Cap. I, § 5.

<sup>470</sup> Cfr. *supra*, Cap. I, § 9.

<sup>471</sup> Cfr. *supra*, Cap. II, § 10.

<sup>472</sup> Cfr. *supra*, Cap. III, § 8.

I già ricordati elementi di specialità del patto marciano di cui all'art. 48-*bis* TUB, posti in evidenza dai precisi requisiti soggettivi ed oggettivi che ne demarcano i confini, farebbe pensare che le conclusioni alle quali si è pervenuti nel corso della presente trattazione, prima tra tutte quella relativa all'inapplicabilità, a favore del debitore, dell'effetto della c.d. esdebitazione nei casi in cui il bene conferito in garanzia abbia un valore inferiore rispetto al credito garantito, non possano che avere un carattere estremamente circoscritto.

Una analisi più approfondita suggerisce tuttavia di riconsiderare questo primo esito.

La ricostruzione della disciplina del tipo generale del patto marciano in base ai principi e alle regole di diritto comune, alcuni dei quali desumibili, in via di induzione, proprio dalle disposizioni speciali dettate dall'art. 48-*bis* TUB, consente di estendere le conclusioni sulla causa del patto marciano «bancario» anche al patto marciano di diritto comune. Ed invero, i requisiti di cui all'art. 48-*bis* TUB relativi al trasferimento, da parte del debitore in favore del finanziatore, di un immobile sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore; all'obbligo del finanziatore di versare al finanziato l'eventuale eccedenza di valore del bene rispetto al debito garantito; alla stima del bene, da effettuarsi successivamente all'inadempimento, con modalità che garantiscano l'imparzialità del perito e l'attendibilità della stessa; e alla facoltà del finanziatore di non avvalersi del patto una volta verificatosi l'inadempimento del debitore, corrispondono, come ampiamente illustrato, al nucleo essenziale del patto marciano di diritto comune.

Da un lato, la circostanza per cui nel patto marciano di diritto comune il trasferimento della proprietà del bene non si produce automaticamente al verificarsi dell'inadempimento, comportando tale patto, al contrario, la stima del bene e l'imputazione del suo valore al pagamento del debito garantito (con il diritto del debitore alla restituzione dell'eventuale differenza), porta ad escludere in termini generali la compatibilità del patto marciano di diritto comune con la *datio in solutum*; dall'altro lato, il risultato specifico di assicurare al creditore la realizzazione del suo interesse secondario – nel caso di mancata attuazione del rapporto garantito – mediante un'esecuzione forzata al di fuori del processo esecutivo conferma la duplice funzione di garanzia e di autosoddisfacimento del patto marciano di diritto comune. Tutti tratti, questi, che sia pure con alcuni non

trascurabili adattamenti, si ritrovano nel complesso fedelmente riprodotti anche nel patto marciano c.d. «bancario».

Quanto alla causa degli altri patti marciani «speciali», la peculiare conformazione che li caratterizza impedisce per contro di estendere automaticamente ai medesimi la conclusione sulla funzione del patto marciano «bancario»; una diversa funzione rispetto a quella che caratterizza quest'ultimo patto potrebbe in particolare riguardare i patti marciani «speciali» non riconducibili al tipo generale. Tale problema non è stato, tuttavia, affrontato in questa sede, risultando l'oggetto della trattazione limitato al profilo causale della figura disciplinata all'art. 48-*bis* TUB.

La configurabilità del patto marciano «bancario» e del patto marciano di diritto comune nei termini di una alienazione in funzione di garanzia, connotata, però, da una peculiare modalità di soddisfacimento del creditore che prescinde di regola dall'intervento dell'autorità giudiziaria, porta ad interrogarsi sul loro inquadramento nel sistema, soprattutto al fine di chiarire i rapporti tra gli stessi e le altre garanzie reali e personali.

Nella prospettiva di un ripensamento delle garanzie reali del credito, un ruolo centrale deve essere attribuito all'individuazione dei limiti all'escussione della garanzia al di fuori di una procedura giudiziaria.

Sotto questo profilo, l'art. 48-*bis* TUB conferma la centralità della regola dell'equivalenza di valori che, come è noto, giustifica la liceità del patto marciano di contro all'invalidità del patto commissorio. Cruciale risulta dunque essere la fase relativa alla stima del bene conferito in garanzia, successivamente all'inadempimento, con modalità che garantiscano l'imparzialità del perito e l'attendibilità della stessa. In tale ottica, in ossequio ai principi generali che riconoscono al debitore e ai terzi una tutela azionabile in via preventiva, deve ritenersi inapplicabile al patto marciano di diritto comune la «speciale» regola dettata dal comma 7 dell'art. 48-*bis* TUB a mente della quale, ove il debitore contesti la stima, il creditore ha comunque diritto di avvalersi degli effetti del patto, incidendo l'eventuale fondatezza della contestazione semplicemente sulla differenza da versare al titolare del diritto reale immobiliare. Detto in altri termini, diversamente da quanto previsto per il suo omologo di diritto bancario, nel patto

marciano di diritto comune la contestazione della stima sospende la procedura fintantoché non sia accertata l'equivalenza di valori.

Sulla base dei medesimi principi, deve ritenersi che anche la contestazione dell'inadempimento da parte del debitore, nell'ambito di un patto marciano di diritto comune, sia idonea a sospendere il procedimento di stima sino all'accertamento della sussistenza dei presupposti del trasferimento del bene, anche qui contrariamente alla soluzione ritenuta applicabile nel caso dell'art. 48-*bis* TUB.

Rispetto agli ultimi profili esaminati, la maggiore tutela offerta al creditore dal patto marciano «bancario» rispetto ai patti marciari di diritto comune dovrebbe, *in thesi*, agevolare il ricorso a tale convenzione da parte degli istituti di credito.

Non è tuttavia semplice, a conclusione di queste prime riflessioni, valutare se la norma di cui all'art. 48-*bis* TUB sia realmente in grado di soddisfare le esigenze di rafforzamento della tutela del credito, rimediando in particolare alle inefficienze nel funzionamento del sistema giudiziario e alle lungaggini delle procedure di recupero.

Il raggiungimento di questi obiettivi risulta allo stato ancora più complicato nel contesto economico colpito dalla pandemia globale. La congiuntura del mercato immobiliare, specialmente dei fabbricati strumentali, rende l'acquisizione in proprietà dell'immobile da parte del creditore un rischio difficilmente ponderabile. Se a ciò si aggiunge che le banche sono spesso titolari di un ingente e invenduto patrimonio immobiliare, gli effetti positivi derivanti dall'apposizione della clausola ne risultano ulteriormente ridimensionati.

Infine, la mancata previsione dell'effetto esdebitativo, a cui, per quanto si è dimostrato, non pare potersi ovviare per via interpretativa, inevitabilmente porterà l'imprenditore a guardare con sfiducia una pattuizione che, oltre ad imporgli il trasferimento del bene in caso di inadempimento, lasci il suo patrimonio ancora esposto, quanto meno per l'entità del residuo debito che dovesse risultare non coperto dal valore realizzato con il trasferimento.

## Bibliografia

- ADDANTE A., *Prestito vitalizio ipotecario e schemi negoziali affini*, in *Banca borsa e tit. di cred.*, 2017, 4, pt. 1, p. 497 ss.
- AGABITINI C., *Ancora in tema di ordine pubblico di protezione e mercato del credito. L'accesso al credito e il bene casa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 1, p. 61 ss.
- ALBERTARIO E., *Sulla nullità del patto commissorio aggiunto al mutuo ipotecario*, in *Riv. dir. comm.*, 1924, II, p. 233 ss.
- ALLARA M., *La prestazione in luogo di adempimento*, Palermo, 1927.
- AMADIO G., *La condizione di inadempimento: contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996.
- AMATO G., *Ancora sul patto commissorio e sulla vendita a scopo di garanzia*, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 1899 ss.
- AMBROSETTI T., voce *Datio in solutum*, *Dig.*, Torino, 1887-1898, IX, I, p. 123 ss.
- AMBROSINI S., *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella l. n. 119/2016: il cd. patto marciano*, in *Il dir. fall.*, 5, 2016, p. 1076 ss.
- ANDRIOLI V., *Disciplina intertemporale del patto commissorio e sua applicabilità ai privilegi speciali*, in *Foro it.*, 1942, I, c. 953 ss.
- ANDRIOLI V., *Divieto del patto commissorio*, in *Comm. del cod. civ.* a cura di A. Scialoja - G. Branca, *Tutela dei diritti. Artt. 2740-2899*, Roma-Bologna, 1955, p. 52 ss.
- ANDRIOLI V., *Divieto del patto commissorio*, in R. Nicolò, V. Andrioli e G. Gorla, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Comm. del cod. civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro VI, Tutela dei diritti, Art. 2740-2899*, 2ª ed., Bologna-Roma, 1958, p. 54 ss.
- ANELLI F., *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996.
- APICELLA G., *Mutuo*, in *Dig. it.*, XV, Torino, rist. 1929, p. 1199 ss.
- ARANGIO RUIZ V., *La compravendita in diritto romano*, II, Napoli, 1963.
- ASSONIME, *Misure per l'efficienza e l'accelerazione delle procedure di recupero del credito*, circolare n. 26 del 5 dicembre 2016.
- ASTONE M., *Inadempimento del consumatore e autotutela del finanziatore tra (divieto del) patto commissorio e patto marciano*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 3, p. 735 ss.
- ASTUTI G., voce *Dazione in pagamento (storia)*, *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 727 ss.
- AVOLIO C., *Il pegno non possessorio nel fallimento*, in *Giur. comm.*, 2019, I, p. 267 ss.

- AZZARO A. M., *Vendita a scopo di garanzia e divieto del patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 1993, II, p. 108 ss.
- BAGHI I., *L'esordio del pegno mobiliare non possessorio: riflessioni sui profili processuali*, in *Corr. giur.*, 2017, 11, p. 1389 ss.
- BARALIS G., *Vendita per ragioni di garanzia e vendita per ragioni di bisogno*, in *Riv. not.*, 2009, 2, p. 317 ss.
- BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1962, III.
- BARBA V., *Prestazione in luogo di adempimento*, in *Comm. del cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, Artt. 1173-1217, Torino, 2012, p. 566 ss.
- BARBARA S., *Circolazione dei beni ed evoluzione del divieto del patto commissorio*, in *Notariato*, 2012, 6, p. 717 ss.
- BARBERO D., *Contestualità del riscatto convenzionale con la vendita*, in *Temi*, 1949, p. 282 ss.
- BARBERO D., *Sistema del diritto privato italiano*, 6<sup>a</sup> ed., II, Torino, 1965.
- BARBIERA L., *Autonomia privata e garanzie reali: un rapporto difficile, scolorotizzato da chiusure specialistiche e da dogmi tradizionali passivamente accettati*, in AA. VV., *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Padova, 1991, p. 843 ss.
- BARBIERA L., *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971.
- BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, in *Cod. civ. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, artt. 2740-2744, Milano, 1991.
- BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali. Artt. 2740-2744*, in *Cod. civ. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2010, p. 15 ss.
- BARILLÀ G. B., *Alcune osservazioni a margine del recepimento legislativo del pegno non possessorio*, in *Corr. giur.*, 2017, I, p. 7 ss.
- BARILLÀ G. B., *Pegno non possessorio e patto marciano: dalla tutela statica del credito alle nuove forme di garanzia*, in *Giur. comm.*, 2017, I, p. 583 ss.
- BEALE H., BRIDGE M., GULLIFER L., LOMNICKA E., *The law of security and title – based financing*, 3<sup>rd</sup> edn., Croydon, 2018, p. 613 ss.
- BECKER EBERHARD E., *Zur Anwendbarkeit des § 419 BGB auf die Sicherungsübereignung*, in *AcP*, 1985, p. 429 ss.

- BELLOMIA V., *Nuove prospettive in tema di ipoteca giudiziale eccessiva e responsabilità aggravata del creditore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 9, p. 1183 ss.
- BERNARDI N., *Il nuovo patto marciano tra banche e imprese di cui all'art. 48 bis t.u.b.*, in *Studium iuris*, 2017, 5, p. 553 ss.
- BERTOLINI A., *La tutela del debitore inadempiente nella disciplina europea dei mutui ipotecari. Eterogenesi dei fini, errori prospettici ed aporie alla luce dell'analisi economica del diritto*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 355 ss.
- BESTA E., *I diritti sulle cose nella storia del diritto italiano*, Padova, 1933.
- BETTI E., *Su gli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, p. 699 ss.
- BETTI E., *Voce «Autotutela»*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 529 ss.
- BEZZI E., *Prestito vitalizio ipotecario e divieto di patto commissorio: una novità nel solco della tradizione* Nota a ord. Trib. Roma sez. IX 13 luglio 2017, in *Corr. giur.*, 2018, 8-9, p. 1116 ss.
- BIANCA C. M., *Diritto civile*, 7, *Le garanzie reali e la prescrizione*, Milano, 2011
- BIANCA C. M., *Diritto civile*, *L'obbligazione*, Milano, 1993.
- BIANCA C. M., *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957.
- BIANCA C. M., *Il divieto del patto commissorio: un passo indietro della cassazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, p. 117 ss.
- BIANCA C. M., *La vendita*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, II ed., Torino, 1993, p. 639 ss.
- BIANCA C. M., *Patto commissorio*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Torino, 1965, p. 716 ss.
- BIANCA C.M., *Diritto civile*, 7, *Le garanzie reali. La prescrizione*, Milano, 2012.
- BIANCA C.M., *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 3, Milano, 1997.
- BIANCA C.M., *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 2012.
- BIANCA C.M., *Forme tipiche di vendita e violazione del divieto del patto commissorio nell'alienazione in garanzia ad effetto traslativo immediato*, nota a Cass. 5 aprile 1960, n. 776, in *Foro it.*, 1961, I, c. 49 ss.
- BIANCA C.M., voce *Autotutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, *Agg.*, IV, Milano, 2000, p. 134 ss.
- BIANCA M., *La fiducia attributiva*, Torino, 2002.
- BIANCA M., *Vincoli di destinazione del patrimonio*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, 2007.



- BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996.
- BIGLIAZZI GERI Cfr. L., voce *Autotutela II) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, Milano-Roma, 1988, I, p. 2 ss.
- BISCARDI A., *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano*, Milano, 1976.
- BISCONTINI G., *Adempimento parziale e datio in solutum*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, II, p. 621 ss.
- BISCONTINI G., *Assunzione di debito e garanzia del credito*, Napoli, 1993.
- BO G., *Contributo alla dottrina dell'obbligazione fideiussoria*, Milano, 1934.
- BO G., *Garanzia*, in *N.D.I.*, VI, Torino, 1938, p. 192 ss.
- BONGIORNO G., *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984.
- BRAUN A., *I trusts di garanzia in Germania*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2000, 1, p. 38 ss.
- BRECCIA U., *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica-P. Zatti, Milano, 1991, p. 687 ss.
- BRIANDA G., *Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria, lex mercatoria e tradizione*, in *Contr. e impr.*, 2016, p. 3, p. 797 ss.
- BRINZ A., *Der Begriff obligatio*, in *Grünbuts Zetischrifts für das Privat- und öffentliches Recht der Genwart*, vol. I, 1874.
- BRODI E., *Brevi note sull'utilizzabilità dell'art. 48 bis t.u.b. per la gestione delle sofferenze bancarie*, in *Crisi D'Impresa e Fallimento*, 28 gennaio 2017, p. 1 ss., in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).
- BRODI E., *Il sistema delle garanzie in Italia: una lettura economica delle disposizioni in materia di privilegio, pegno e ipoteca*, in *Questioni di Economia e Finanza (occasional paper)* della Banca d'Italia, n. 356, 2016, p. 10 ss., disponibile in [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it).
- BRUGI B., *Limiti del divieto del patto commissorio*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, II, p. 46 ss.
- BRUGI B., *Patto commissorio ex intervallo*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, II, p. 396 ss.
- BUGANI I., *Il divieto del patto commissorio e la vendita con patto di riscatto (o con patto di retrovendita)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, II, p. 31 ss.
- BULGARELLI A., *La disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Il Caso.it*, 2015, p. 10 ss.
- BULGARELLI A., *La fase patologica dei contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali, trasferimento dell'immobile ed esdebitazione. Note a margine del D. lgs. 72/2016 di attuazione della Direttiva 17/2014/EU*, 2016, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), p. 1 ss.

- BULLO L., *Trust, destinazione patrimoniale ex art. 2545 ter c.c. e fondi comuni di investimento ex art. 36, comma 6, del T.U.F.: quale modello di segregazione patrimoniale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 4, p. 535 ss.
- BURDESE A., *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino, 1949.
- BURDESE A., *Pegno*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 662 ss.
- BUSSANI M., *Il problema del patto commissorio*, Torino, 2000.
- BUSSANI M., *Patto commissorio, proprietà e mercato. Appunti per una ricerca*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1, 1997, p. 120 ss.
- BUTERA A., *Il patto commissorio nel mutuo ipotecario*, *Giur. it.*, 1918, I, c. 499 ss.
- BUTERA A., *sub art. 1197*, in *Codice civile italiano commentato*, Torino, 1943, p. 72 ss.
- CALÒ E., *Appunti sul patto commissorio*, in *Riv. giur. edil.*, 1987, I, p. 380 ss.
- CAMPOBASSO M., *Il pegno non possessorio. «Pegno» ma non troppo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 3, p. 703 ss.
- CAMPOLATTARO S., *Fenomenologia del patto marciano tra tipicità e atipicità*, in *Rivista del Notariato*, 2017, 3, p. 591 ss.
- CANDIAN A. D., *La prestazione in luogo dell'adempimento*, Milano, 1987.
- CANDIAN A., voce *Prestazione in luogo dell'adempimento*, in *Dig. sez. civ.*, Torino, 1996, XIV, p. 264 ss.
- CANDIAN ALB., *Le garanzie mobiliari. Modelli e problemi nella prospettiva europea*, Milano, 2001.
- CANEPA P. e COMPARONI C., *Divieto del patto commissorio*, in *Commentario al Codice civile, aggiornamento 1991-2001*, diretto da P. Cendon, Torino, 2002, p. 126 ss.
- CANESSA N., *Vendita con patto di riscatto e patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 2423 ss.
- CAPUTO L. - CAPUTO M., *I pegni. Dal modello tradizionale al nuovo pegno mobiliare non possessorio*, Milano, 2017. MURINO F., *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, I, p. 265 ss.
- CARBONE E., *Debitoris suffocatio e patto commissorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, IV, p. 1112 ss.
- CARINGELLA F., *Il divieto di patto commissorio "autonomo": nuovi confini e nodi ancora al pettine*, in *Corr. giur.*, 1995, I, p. 60 ss.

- CARNELUTTI F., *Mutuo pignoratizio e vendita con clausola di riscatto*, nota a Cass., 16 aprile 1945, n. 259, in *Riv. dir. proc.*, 1946, II, p. 146 ss.
- CARNELUTTI F., *Note sul patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1916, 2, p. 887 ss.
- CARNEVALI U., *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 501 ss.
- CARRIÈRE P., *La nuova normativa sui contratti di garanzia finanziaria. Analisi critica*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2005, 2, p. 184 ss.
- CATALANO R., *Il pegno mobiliare non possessorio ex lege n. 119/2016*, Napoli, 2018.
- CELESTE A., *Responsabilità aggravata del creditore per ipoteca giudiziale oltre il valore della cautela tra abuso del diritto e giusto processo*, in *Imm. e propr.*, 2016, 12, p. 725 ss.
- CEOLIN M., *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato. Dalla destinazione economica all'atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, Padova, 2010.
- CERINI D., *Il prestito vitalizio ipotecario: legal transplant in cerca di definizione*, in *Dir. econ. assic.*, 2006, 2, p. 503 ss.
- CHERTI S., *Prime note sulle modifiche alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Corr. giur.*, 2015, 8-9, p. 1099 ss.
- CHIANALE A., *Il pegno non possessorio su beni determinati*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 4, p. 951 ss.
- CHIANALE A., *In margine a Cass. 7385/86, sul divieto del patto commissorio e vendita con patto di riscatto*, in *Resp. civ.*, 1987, p. 474 ss.
- CHIANALE A., *L'inutilità dell'ipoteca nel "prestito vecchietti"*, in *Notariato*, 2016, 4, p. 358 ss.
- CHIANALE A., *L'ipoteca*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, 6, *Diritti reali*, Torino, 2010, p. 36 ss.
- CHIANALE A., *L'ipoteca*, Torino, 2017.
- CHIANALE A., *Qualche pensiero sulle recenti vicende sul patto marciano*, in *Riv. not.*, 2016, 4, p. 751 ss.
- CHIANALE A., TERLIZZI G., CAMPOLATTARO S., MARTINELLI M., *Le garanzie reali e personali*, Torino, 2018.
- CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di cognizione*, Napoli, 1980.
- CHIRONI G. P., *Ipoteca e patto commissorio*, in *Riv. dir. comm.*, 1917, II, p. 706 ss.
- CHIRONI G. P., *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, 2<sup>a</sup> ed., Milano-Torino-Roma, 1918.

- CICALA R., *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Milano, 1968.
- CIPRIANI N., *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2017, 5, p. 995 ss.
- CIPRIANI N., *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000.
- CIRULLI M., *L'opposizione all'intimazione ex art. 2797 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2019, p. 1255 ss.
- CIVALE F., *La nuova disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, in *www.dirittobancario.it*, novembre 2016. RUMI T., *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, in *Contr.*, 2015, 1, p. 70 ss.
- COLOSIMO B., *La condizione risolutiva di inadempimento*, in *Obbl. e contr.*, 2008, 3, p. 215 ss.
- COSTANZA M., *Sulle alienazioni in garanzia e il divieto del patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1821 ss.
- COVIELLO JR L., *Clausola penale e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1933, I, c. 1696 ss.
- CRICENTI G., *I contratti in frode alla legge*, Milano, 1996.
- CROCI C., *Il nuovo finanziamento alle imprese garantito da trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato*, in *Studium iuris*, 2016, 12, p. 1451 ss.
- CROME C., *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, Milano, 1908.
- CUBEDDU M. G., *Patto commissorio e vendita con patto di riscatto: la risposta delle sezioni unite*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, p. 615 ss.
- D'AMELIO M., *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale: disposizioni generali*, in *Comm. D'Amelio-Finzi*, libro *Della tutela dei diritti*, Firenze, 1943, p. 438 ss.
- D'AMICO G. - PAGLIANTINI S. - PIRAINO F. - RUMI T., *I nuovi marcani*, Torino, 2017.
- D'AMICO G., *Alienazioni a scopo di garanzia*, in *I contratti per l'impresa*, a cura di G. Gitti, M. Maugeri, M. Notari, Bologna, 2012, p. 590 ss.
- D'AMICO G., *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Europa e dir. priv.*, 2019, 1, p. 40 ss.
- D'AMICO G., *La resistibile ascesa del patto marciano*, in *Europa e dir. priv.*, 2017, 1, p. 1 ss.

D'AMICO G., *Responsabilità patrimoniale e procedure concorsuali "nella società del debito": oltre la tutela esclusiva del creditore*, in *Questione giustizia*, 2019, 2, disponibile in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it).

D'ERCOLE S., *Sull'alienazione in garanzia*, in *Contr. impr.*, 1995, 1, p. 242 ss.

DALMAZZO F., *Divieto del patto commissorio e promessa di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1958, II, p. 180 ss.

DANUSSO G. M., *Patto commissorio e vendite a scopo di garanzia*, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1648 ss.

DE GIOIA CARABELLESE P. e CHESSA C., *La direttiva 2014/17/Ue in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 4, p. 1422 ss.

DE MARTINI A., *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*, Milano, 1950.

DE NOVA G., *Clausola penale*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 379 ss.

DELL'ANNA MISURALE F., *La nuova garanzia mobiliare introdotta con L. n. 119 del 2016. Aspettando il registro informatizzato dei pegni non possessori*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, 3, p. 1 ss.

DI MAJO A., *Dell'adempimento in generale*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1994, p. 337 ss.

DI MAJO A., *Responsabilità e patrimonio*, Torino, 2005.

DI MAURO N., *Sul divieto del patto commissorio e le alienazioni a scopo di garanzia*, in *Riv. not.*, 1989, II, p. 908 ss.

DI PAOLO M., *Patto commissorio*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, p. 309 ss.

DI RAIMO R., *Appunti sulla circolazione con scopo di garanzia nel diritto attuale*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, 2, p. 1 ss.

DIURNI G., *Fiducia e negozio fiduciario (storia)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 288 ss.

EBNER M., *Patto marciano*, in *Enc. giur.*, XXII, p. 1 ss.

ENRIETTI E., *Patto commissorio ex intervallo*, in *Riv. dir. priv.*, 1939, I, p. 21 ss.

FAPPIANO G., *Il patto marciano: tra tipicità e autonomia contrattuale*, in *Contr.*, 2019, 1, p. 86 ss.

FERRETTI R. e SANTORO A., *Prime osservazioni sul decreto legislativo di recepimento della direttiva mutui*, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), maggio 2016.

- FIorentinF. I, *Il pegno*, in *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro e U. Morello, V, Milano, 2014, p. 61 ss.
- FOLLIERI L., *Esecuzione forzata e autonomia privata*, Torino, 2016.
- FOLLIERI L., *Il patto marciano tra diritto “comune” e “speciale”*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2018, 12, pt. 2, p. 1857 ss.
- FRAGALI M., *Del mutuo*, in *Comm. del cod. civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro IV, Delle Obbligazioni, Art. 1813-1822*, Bologna-Roma, 1966, p. 258 ss.
- FRAGALI M., *Garanzia e diritti di garanzia*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 448 ss.
- FREZZA P., *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano*, II, Padova, 1963.
- FUSARO A., *Il prestito vitalizio ipotecario in prospettiva comparatistica*, in *Notariato*, 2017, 2, p. 114 ss.
- GABRIELLI E., *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. Dir. civ.*, 1984, p. 906 ss.
- GABRIELLI E., *Del pegno*, in *Comm. del codice civile*, dir. da E. Gabrielli, *Della tutela dei diritti*, a cura di G. Bonilini e A. Chizzini, Torino, 2015, vol. 2, p. 3 ss.
- GABRIELLI E., *Il pegno «anomalo»*, Padova, 1990.
- GABRIELLI E., *Il pegno*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 2005, p. 23 ss.
- GABRIELLI E., *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – Una garanzia reale senza possesso*, in *Giur. it.*, 2017, 7, p. 1715 ss.
- GABRIELLI E., *Pegno “non possessorio” e teoria delle garanzie mobiliari*, in *R. dir. comm.*, 2017, I, p. 241 ss.
- GABRIELLI E., *Studi sulle garanzie reali*, Torino, 2015.
- GABRIELLI E., *Sulle garanzie rotative*, Napoli, 1998.
- GABRIELLI G., *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985.
- GALEOTTI S., *La garanzia costituzionale (Presupposti e concetto)*, Milano, 1950.
- GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1999, II, 1.
- GALGANO F., *Tratt. Dir. Civ.*, III, Padova, 2015.
- GALLO P., *Libro VI – Titolo III: Della responsabilità patrimoniale*, in *Libro VI Della tutela dei diritti*, a cura di G. Bonilini e A. Chizzini, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da E. Gabrielli, Milano, 2016.
- GAMBARO A., *Segregazione e unità del patrimonio*, in *Trusts*, 2000, p. 155 ss.

- GIACOBBE E., *La deducibilità in condizione dell'inadempimento della prestazione, tra libertà contrattuale e mera potestatività*, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 953 ss.
- GIGLIO D., *Il divieto del patto commissorio ed il problema delle alienazioni in funzione della garanzia, alla luce delle novità introdotte dal d.l. 3 maggio 2016 n. 59*, in *Riv. dir. econ., trasf. e amb.*, 2016, XIV, p. 189ss.
- GIGLIOTTI F., *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Napoli, 1997.
- GIGLIOTTI F., *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1999.
- GIGLIOTTI G., *Il prestito vitalizio ipotecario: un "reverse mortgage" all'italiana?*, in *Corr. mer.*, 2011, 7, p. 677 ss.
- GIORGIANI M., *L'obbligazione*, Milano, 1968.
- GORLA G., *Il contratto*, I, Milano, 1955.
- GORLA G., *La compravendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1937, p. 304 ss.
- GORLA G., *Le garanzie reali dell'obbligazione*, Milano, 1935.
- GRASSETTI C., voce *Datio in solutum (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1960, V, p. 174 ss.
- GRECO P. - COTTINO G., *Della vendita*, in A. Scialoja - G. Branca (a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna-Roma, 1981, p. 330 ss.
- GRECO R., *Funzione di adeguamento e contratto di mantenimento*, in *Notariato*, 2009, 2, p. 196 ss.
- GROSSI P., *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2017, p. 837 ss.
- GROSSO G., *Fiducia (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 384 ss.
- IACCARINO G., *Il rimedio del patto marciano nel diritto positivo*, in *Imm. e propr.*, 2017, 2, p. 101 ss.
- IACUANIELLO BRUGGI M., *Patto commissorio*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, *ad vocem*, p. 6 ss.
- IAMICELI P., *Unità e separazione dei patrimoni*, Padova, 2003.
- IULIANI A., *Il prestito vitalizio ipotecario nel nuovo "sistema" delle garanzie reali*, in *Nuov. leggi civ. comm.*, 2016, 4, p. 717 ss.
- IVONE V., *Il prestito vitalizio ipotecario: luci e ombre del principale istituto della c.d. finanza della terza età*, in *Contr. impr.*, 2018, 1, p. 383 ss.

- LA PORTA U., *Il problema della causa del contratto. La causa e il trasferimento dei diritti*, Torino, 2000.
- LA TORRE M. R., *Il «lease back» e il divieto di patto commissorio*, in *Riv. it leasing*, 1985, p. 135 ss.
- LARENZ K., *Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1965, p. 1 ss.
- LASCIALFARI M., *Alienazioni a scopo di garanzia*, in *Enc. giur.*, XXII, 2004, p. 5 ss.
- LASERRA G., *La responsabilità patrimoniale*, Napoli, 1966.
- LEICHT P.S., *Storia del diritto italiano. Il diritto privato, II, Diritti reali e di successione*, Milano, 1943.
- LENZI R., *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela. L'adempimento dedotto in condizione*, Milano, 1996.
- LENZI R., *I patrimoni destinati: costituzione e dinamica dell'affare*, in *Riv. not.*, 2003, I, p. 543 ss.
- LENZI R., *Il prestito vitalizio ipotecario*, in *Giur. it.*, 2017, 7, p. 1736 ss.
- LENZI R., *Prestito vitalizio ipotecario, riforma del credito immobiliare e incerto destino del marciano di diritto comune*, in *Osserv. dir. civ. e comm.*, 2017, 2, p. 319 ss.
- LENZI R., TATARANO M., *Recenti riforme in tema di garanzie del credito bancario*, in *Studi e mat.*, 2017, 1-2, p. 3 ss.
- LICINI C., *Le tecniche moderne di garanzia nella prassi notarile*, in *Riv. not.*, 1996, 5, 1001 ss.
- LOCONTE S., *Le nuove garanzie sui finanziamenti all'impresa: decreto banche D.L. n. 59/2016, convertito in L. n. 119/2016: pegno mobiliare non possessorio, patto marciano, nuove tutele del creditore in materia di procedure concorsuali, modifiche alla cessione dei crediti d'impresa, deferred tax asset*, Rimini, 2016, p. 95 ss.
- LUMINOSO A., *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 219 ss.
- LUMINOSO A., *La vendita con riscatto. Artt. 1500-1509*, in *Cod. civ. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1987, p. 242 ss.
- LUMINOSO A., *Lease back, mercato e divieto del patto commissorio*, in *Giur. comm.*, 2000, 4, p. 489 ss.
- LUMINOSO A., *Patto commissorio, patto marciano e altri strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1, p. 10 ss.



- LUMINOSO A., *Patto marciano e sottotipi*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1398 ss.
- LUPOI A., *Le direttive non vanno prese alla lettera (breve nota alla Direttiva 17/2014)*, 2016, in *dirittobancario.it*.
- MACARIO F., *Responsabilità e garanzia patrimoniale: nozioni introduttive*, in *Diritto civile – Attuazione e tutela dei diritti – L’attuazione dei diritti*, diretto da N. Lipari, P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, IV, Tomo II, Milano, 2009.
- MAGAZZÙ A., *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 186 ss.
- MANCINI T., *Compravendita sottoposta a condizione sospensiva e patto commissorio*, in *Foro it.*, 1961, I, c. 1155 ss.
- MANCINI T., *Vendita con patto di riscatto e nullità ex art. 2744 codice civile*, in *Foro it.*, 1966, I, p. 1121 ss.
- MANES P., *Trust e art. 2740 c.c.: un problema finalmente risolto*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 579 ss.
- MANNELLA G. O., PLATANIA G. C., *Il prestito vitalizio ipotecario*, Milano, 2015.
- MANNINO V., *Garanzie dell’obbligazione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 620.
- MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Milano, 2017.
- MARCHETTI G., *Sul preteso divieto delle limitazioni ex pacto della responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 2, p. 511 ss.
- MARCHIO A. M., voce *Dazione in pagamento*, *Enc. giur.*, X, Roma, 1988, p. 2 ss.
- MARI D., *Il patto marciano: un’analisi critica del nuovo art. 48-bis tub*, in *Rivista del Notariato*, 2016, 6, p. 1111 ss.
- MARICONDA V., *Ancora sull’alienazione in garanzia*, in *Corr. giur.*, 1987, p. 287 ss.
- MARICONDA V., *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1437 ss.
- MARINI A., *La clausola penale*, Napoli, 1984.
- MARINO R., *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all’autotutela satisfattiva del creditore: profili evolutivi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, I, p. 762 ss.
- MARROCCO E., *Note sul patto Marciano*, in *Nuovo dir.*, 1989, p. 978 ss.
- MARTINO M., *Le Sezioni Unite sui rapporti tra divieto del patto commissorio e ordine pubblico internazionale*, in *Giur. comm.*, 2012, 3, p. 684 ss.
- MARTORANA M., *Del patto commissorio nel mutuo ipotecario*, in nota a Cass. Regno, 9 giugno 1925, in *La Corte di cassazione*, 1925, c. 1301 ss.

- MARTORANO F., *Cauzione e pegno irregolare*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I, p. 115 ss.
- MASTROPAOLO F., *Divieto legale e nullità di patti per ragioni di garanzia*, in *I contratti di garanzia*, II, a cura di MASTROPAOLO F., in *Trattato dei contratti*, a cura di P. Rescigno e E. Gabrielli, V, II, Torino, 2006, p. 1799 ss.
- MASTROPAOLO F., *I contratti autonomi di garanzia*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1995.
- MASTROPAOLO F., *I contratti di garanzia*, F. Mastropaolo (a cura di), in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2006.
- MATTIANGELI L., *La Cassazione ancora sul divieto di patto commissorio* (nota a Cass., sez. II, 7 dicembre 1999, n. 13708), in *Riv. not.*, 2001, 2, p. 458 ss.
- MESSINEO F., *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952.
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, 9<sup>a</sup> ed., Milano, 1959.
- MICCIO R., *Cessione dei beni ai creditori*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 384 ss.
- MICCIO R., *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. al c.c.*, Torino, 1982, *sub art. 1197 c.c.*, p. 157 ss.
- MIELE U., *Sul patto commissorio immobiliare*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, II, p. 65 ss.
- MIGLIACCIO E., *La responsabilità patrimoniale. Profili di sistema*, Napoli, 2012.
- MINNITI G. F., *Garanzia e Alienazione*, Torino, 2007.
- MINNITI G. F., *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 29 ss.
- MIRABELLI G., *Del diritto dei terzi secondo il codice civile italiano*, I, Torino, 1889.
- MIRAGLIA C., voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Roma, 1991.
- MONTEL A., *Garanzia (Diritti reali di)*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961, p. 742 ss.
- MORACE PINELLI A., *Atti di destinazione, Trust e responsabilità del debitore*, Milano, 2007, p. 72 ss.
- MORACE PINELLI A., *Trasferimento a scopo di garanzia da parte del terzo e divieto del patto commissorio*, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 63 ss.
- MORELLO U., *Frode alla legge*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 501 ss.
- MORELLO U., *Frode alla legge*, Milano, 1969.
- MOSCATI E., *I modi di estinzione tra surrogati dell'adempimento e vicende estintive liberatorie*, in A. Burdese – E. Moscati (a cura di), *I modi di estinzione*, in L. Garofalo – M. Talamanca, *Tratt. delle obbl.*, 2008, p. 4 ss.
- MOSCATI E., *Pena privata e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, p. 511 ss.

- MUNARI A., *Importante revirement della Corte di Cassazione sul divieto del patto commissorio*, in *Foro pad.*, 1987, I, c. 194 ss.
- MURINO F., *L'autotutela nell'escussione della garanzia finanziaria pignoratizia*, Milano, 2010.
- NANIA A., *Il pegno non possessorio: un'altra anomalia?*, in *dirittobancario.it*.
- NAPOLEONE G., *Un improvviso «revirement» della Suprema Corte sulla vendita a scopo di garanzia*, in *Vita not.*, 1983, p. 966 ss.
- NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1974, I, p. 209 ss.
- NICOLÒ R., *Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro Sesto, Tutela dei diritti, art. 2740*, Bologna-Roma, 1953.
- NICOLÒ R., *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro Sesto, Tutela dei diritti, art. 2740*, Bologna-Roma, 1945.
- OBERTO G., *Vendita con patto di riscatto, divieto del patto commissorio e contratto di lease back*, in *Quadr.*, 1984, p. 353 ss.
- ORLANDO G., *Alienazione attuativa della garanzia del finanziamento ex art. 48 bis T.U.B. e ipoteca*, in *Giur. it.*, 7, 2017, p. 1732 ss.
- PAGANO A. (a cura di), *Novità normativa Rassegna di legislazione*, in *Corr. giur.*, 2015, 6, p. 754 ss.
- PAGANO A., *Novità normative Rassegna di legislazione*, in *Corr. giur.*, 2016, 4, p. 458 ss.
- PAGLIANTINI S., *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della dir. 2014/17/UE*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 1, p. 195 ss.
- PAGLIANTINI S., *Il debito da eccezione a regola*, in *Persona e mercato*, 2014, 2, p. 111 ss.
- PAGLIANTINI S., *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura (ragionata) dell'art. 48 bis T.U.B.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 5, p. 931 ss.
- PAGLIANTINI S., *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte Costituzionale ed ABF: "il mondo di ieri" o un "trompe l'oeil" concettuale?*, in *Contr.*, 2014, 10, p. 868 ss.
- PAGLIANTINI S., *Spigolando intorno all'art. 48 bis T.U.B.: specialità (di trattamento) e principio di proporzionalità delle garanzie?*, in *Giur. it.*, 7, 2017, p. 1719 ss.
- PALMIERI A. M., *Gli accordi di concredito*, Milano, 2003.

- PANUCCIO V., *Cessione dei crediti*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1960, p. 20 ss.
- PAOLA F., *Riflessioni brevi sul «revirement» della giurisprudenza della Cassazione in tema di patto commissorio con particolare riguardo a taluni aspetti fallimentari del problema*, in *Fall.*, 1985, p. 160 ss.
- PARDI G., *Preliminare di vendita e divieto del patto commissorio*, in *Giur. merito*, 2004, 1, p. 53 ss.
- PASQUINO T., *Patto commissorio: alienazioni in garanzia e contratti di lease-back... vite parallele*, in *Riv. not.*, 1989, II, p. 908 ss.
- PEARCE R., *Land Law*, 5<sup>th</sup> edn., London.
- PELLECCHIA E., *La direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *Banca borsa e tit. di cred.*, 2016, 1, p. 206 ss.
- PELOSI A.C., *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975.
- PELOSI A.C., *Vendita con patto di riscatto*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 517 ss.
- PERLINGIERI G., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015.
- PERLINGIERI G., *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte Costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 3, p. 733 ss.
- PERLINGIERI P., *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1975, p. 2 ss.
- PETRELLI G., *Rassegna delle recenti novità normative di interesse notarile, Primo semestre 2015*, p. 63.
- PIAZZA L., *Garanzia. I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1990, p. 1 ss.
- PIEPOLI G., *Quale futuro per la proprietà-garanzia?*, in *Corr. giur.*, 1985, p. 201 ss.
- PIOLA G., *Clausola penale*, in *Dig. it.*, VII, 2, Torino, rist. 1928, p. 364 ss.
- PIOLA G., *Patto commissorio*, in *Dig. it.*, XVIII, Torino, rist. 1928, p. 1029 ss.
- PIRAINO F., *Il patto marciano alla luce della disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, in *Giur. it.*, 2017, 7, p. 1746 ss.
- PIRAINO F., *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano*, in D'Amico G. - Pagliantini S. - Piraino F. - Rumi T., *I nuovi marciani*, Torino, 2017.
- PISCITELLO P., *Le garanzie bancarie flottanti*, Torino, 1999.
- PLANCK V. / STRECKER in *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. Auflage 2009, BGB § 1229, Rn. 11.
- POLACCO V., *Della dazione in pagamento*, Padova-Verona, 1888.

- PORCELLI M., *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, Napoli, 2011.
- PRATIS C. M., *Della tutela dei diritti*, II, in *Comm. c.c.*, Torino, 1976, p. 97 ss.
- PROCOPIO M. (a cura di), *Novità legislative Rassegna di legislazione nazionale*, in *Dir. prat. tribut.*, 2015, 3, pt. 1, p. 413 ss.
- PROCOPIO M. (a cura di), *Novità legislative Rassegna di legislazione*, in *Dir. prat. tribut.*, 2016, 2, pt. 1, p. 672 ss.
- PUGLIATTI S., *Diritto civile. Metodo Teoria Pratica. Saggi*, Milano, 1951.
- PUGLIATTI S., *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Diritto civile. Metodo-Teoria-Pratica. Saggi*, Milano, 1951, p. 359 ss.
- PUGLIATTI S., *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, p. 235 ss.
- PUGLIESE G., *Intorno alla validità della vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, p. 1070 ss.
- PUGLIESE G., *Nullità del patto commissorio e vendita con patto di riscatto*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1945, p. 162 ss.
- RAAPE L., *Die Verfallklausel bei Pfand und Sicherungsübereignung*, Berlino, 1913.
- RADOCCIA I., *La ratio del divieto del patto commissorio*, in *Giur. mer.*, 1997, 1, p. 220 ss.
- RASI P., *Il patto di riscatto nella compravendita*, Napoli, 1959.
- REALMONTE F., *Le garanzie immobiliari*, in *Jus*, 1986, p. 16 ss.
- RINALDI R., VARRATI A., *Credito e Imprese - Lo sviluppo del prestito ipotecario vitalizio in Italia: potenzialità e problemi normativi*, in *Bancaria*, 2007, 3, p. 65 ss.
- ROBLES M., *Problema e sistema nel prestito vitalizio ipotecario*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 6, p. 1619 ss.
- RODOTÀ S., voce *Dazione in pagamento (diritto civile)*, *Enc. dir.*, Milano, 1962, XI, p. 737 ss.
- ROGRON G. A., *Codice civile spiegato*, trad. it. di M. della Croce Petrucci, Napoli, 1842, II.
- ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, Milano, 2012.
- ROJAS ELGUETA G., *Il rapporto tra l'art. 2645 ter c.c. e l'art. 2740 c.c.: un'analisi economica della nuova disciplina*, in *Banca borsa e tit. di cred.*, 2007, 2, p. 185 ss.
- ROMANO A., *Garanzie dell'obbligazione nel diritto medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 627 ss.

- ROMANO S., *La vendita. Contratto estimatorio*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da G. Grosso - F. Santoro Passarelli, Milano, 1960, p. 201 ss.
- ROPPO E., *Note sopra il divieto di patto commissorio*, in *Riv. not.*, 1981, I, p. 398 ss.
- ROPPO E., *Patto di riscatto – Patto commissorio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, p. 97 ss.
- ROPPO E., *Responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1059 ss.
- ROPPO V., *Il contratto*, Milano, 2001.
- ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. di dir. priv.* diretto da P. Rescigno, vol. 19, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1997.
- ROPPO V., voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988.
- ROSARIO F., *Alienazione in funzione di garanzia e patto marciano: recenti conquiste e incerti automatismi. Una riflessione senza (troppi) entusiasmi*, in *Riv. dir. priv.*, 2018, 2, p. 265 ss.
- ROSELLI F., *Responsabilità patrimoniale. I mezzi di conservazione*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di M. Bessone, IX, Tomo III, Torino, 2005.
- ROSNATI M., *Alienazioni in garanzia e patto commissorio*, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1698 ss.
- ROSSI G., *Il nuovo d.lgs. 21 aprile 2016 n. 72: davvero aria di cambiamenti in materia di mutui bancari?*, in *Contr. impr.*, 2016, 6, p. 1493 ss.
- ROSSI L., *Pegno civile*, in *Dig. it.*, XVIII, Torino, rist. 1928, p. 1232 ss.
- RUBINO D., *Delle obbligazioni*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1961, *sub art. 1285 c.c.*, p. 36 ss.
- RUBINO D., *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XIX, Milano, 1956, p. 4 ss.
- RUBINO D., *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, 2<sup>a</sup> ed., Milano, rist. 1971, p. 1027 ss.
- RUBINO D., *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu - F. Messineo, II ed., Milano, 1962, p. 1024 ss.
- RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, in *Tratt. dir. civ. italiano diretto da Vassalli*, XIV, Tomo I, Torino, 1956.
- RUMI T., *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni “marciane” a garanzia del credito immobiliare*, in D'Amico G. - Pagliantini S. - Piraino F. - Rumi T., *I nuovi marciani*, Torino, 2017.

RUMI T., *La nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Contr.*, 2015, 10, p. 937 ss.

RUSSO D., *I nuovi strumenti contrattuali contro la crisi economica: il prestito vitalizio ipotecario* *Commento a l. 2 aprile 2015, n. 44*, in *Studium iuris*, 2018, 3, p. 297 ss.

RUSSO D., *Nuovi meccanismi marziani e divieto del patto commissorio*, in *Foro nap. – Nuova Serie*, 2018, 1, p. 159 ss.

RUSSO D., *Oltre il patto marziano*, Napoli, 2017.

SACCHI A., *Sul patto commissorio in diritto romano*, in *Arch. Giur.*, 1894, p. 189 ss.

SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, 9<sup>a</sup> ed., Napoli, 1981.

SARACENO M., *Interferenze tra la garanzia ipotecaria e l'alienazione in garanzia nella disciplina dell'art. 48-bis*, in *www.notaract.com*.

SARDO G., *La disciplina del contratto di garanzia finanziaria: appunti sul D. lgs. 21 maggio 2004*, n. 170, in *Contr.*, 2005, 6, p. 617 ss.

SASSI A., *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999.

SCAPINELLO C., *Ammissibilità dei patti sulla garanzia patrimoniale con marziano atipico*, in *Giur. it.*, 2021, 1, p. 50 ss.

SCOTTI A., *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis T.U.B. è davvero il patto marziano?*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1481 ss.

SCOZZAFAVA O. T., *Note in tema di garanzia*, in *Contr. e impr.*, 2008, 4-5, p. 864 ss.

SERICK R., *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, I, *Die einfache Sicherungsübertragung*, Heidelberg, 1963.

SERICK R., *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, II, *Die einfache Sicherungsübertragung*, Heidelberg, 1965.

SERICK R., *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, III, *Die einfache Sicherungsübertragung*, Heidelberg, 1970.

SERICK R., *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, Heidelberg, 1988, trad. it. di P. M. Vecchi, Milano, 1990.

SICCHIERO G., *I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)*, in *Contr. e impr.*, 2012, 1, p. 94 ss.

SICCHIERO G., *La prestazione in luogo dell'adempimento*, in *Contr. impr.*, 2002, 3, p. 1381 ss.

SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, *Le obbligazioni 2*, Torino, 2011.

- SIRENA P. (a cura di), *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, Milano, 2016.
- SOTGIA S., *Cessione dei beni ai creditori*, in *Noviss. D. I.*, III, Torino, 1965, p. 141 ss.
- SOTGIA S., *La cessione dei beni ai creditori*, Torino, 1957.
- STOLFI G., *Patto commissorio e ipoteca*, in *Foro it.*, 1926, I, c. 282 ss.
- STOLFI G., *Promessa di vendita e patto commissorio*, in *Foro pad.*, 1957, I, c. 767 ss.
- TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990.
- TALASSANO F., *Divieto del patto commissorio*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, p. 367 ss.
- TATARANO M., *Prestito vitalizio ipotecario e affidamento fiduciario*, in *Trusts e attività fiduc.*, 2017, 3, p. 252 ss. SPINACI F., *L'evoluzione dei patti marciari*, in *Cult. e dir.*, 2017, 2-3, p. 77 ss.
- TRIMARCHI M., *La clausola penale*, Milano, 1954.
- TRIOLA R., *Gli effetti dell'esercizio del riscatto convenzionale*, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 545 ss.
- TRIOLA R., *Il problema della liceità del c.d. patto commissorio obbligatorio*, in *Giur. agr. it.*, 1989, II, p. 89 ss.
- TRIOLA R., *Il problema della liceità del c.d. patto commissorio obbligatorio*, in AA.VV., *Scritti in onore di Guido Capozzi*, Milano, 1992, 2, p. 1259 ss.
- TRIOLA R., *Vendita con patto di riscatto e divieto del patto commissorio*, in *Giust. civ.*, I, 1988, p. 1770 ss.
- TUCCI G., *Garanzia*, in *Dig. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 579 ss.
- TUCCI G., *Garanzia. Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, p. 1 ss.
- TUCCI G., *Garanzie sui crediti dell'impresa e tutela dei finanziamenti*, Milano, 1974.
- VALCAVI G., *Intorno al divieto di patto commissorio, alla vendita simulata a scopo di garanzia e al negozio fiduciario*, in *Foro it.*, 1990, I, c. 205 ss.
- VARI B., *La riforma dell'ipoteca convenzionale in Francia*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 2, pt. 1, p. 249 ss.
- VARRONE C., *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli, 1968.
- VENEZIANO A., *Le garanzie mobiliari non possessorie. Profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, Milano, 2000.
- VENTURELLI A., *Contratto preliminare, pericolo di revocatoria e «mutamento» delle condizioni patrimoniali*, in *Obbl. e contr.*, 2011, 4, p. 260 ss.



- VIALE M., *Le garanzie bancarie*, in *Tratt. di dir. comm. e dir. pubbl. dell'econ.* diretto da Galgano, XVIII, Padova, 1994, p. 115 ss.
- VISCONTI G., *La nuova garanzia reale dei prestiti bancari: il patto marciano*, in *Imm. & propr.*, 2017, 10, p. 586 ss.
- VIVANTE C., *Trattato di diritto commerciale*, IV, 5<sup>a</sup> ed., Milano, 1926.
- VON STAUDINGER J., *Buch 3. Sachenrecht § § 1204-1296*, in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, SchiffsRG (Pfandrecht) – Neubearbeitung von H.H. Nöll, D. Wiegand, W. Wiegand, Berlin, 2009, p. 149 ss.
- WILLIAMS P., *Please release me! A review of the equity release market in the UK, its potential and consumer expectations*, London: Council of Mortgage Lenders, 2007, March, p. 26 ss.
- WOOD P. R., *Comparative Law of Security Interests and Title Finance*, in *The Law and Practice of International Finance Series*, vol. II, 2<sup>nd</sup> edn., Beccles, 2007, p. 366 ss.
- ZACCARIA A., *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Milano, 1987.
- ZACCARIA A., *Obligatio est iuris vinculum... Lineamenti di diritto delle obbligazioni*, Torino, 2015.
- ZACCARIA A., *Rapporti obbligatori e beneficio di inventario. Tipologie e disciplina dell'attuazione*, Torino, 1994.
- ZOPPINI A., *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati delle società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 552 ss.
- ZOPPINI A., *La pena contrattuale*, Milano, 1991.

### Giurisprudenza

- Cass. Torino, 10 marzo 1887, in *Foro it.*, 1887, I, c. 484 ss.
- App. Venezia, 5 settembre 1916, in *Riv. dir. comm.*, 1917, II, p. 706.
- Cass. Torino, 10 marzo 1919, in *Riv. dir. comm.*, 1919, II, p. 396 ss.
- Cass. Roma, 28 luglio, 1923, in *Foro it.*, 1923, I, c. 935 ss.
- Cass. Regno, 7 ottobre 1924, in *Foro it.*, 1925, c. 63 ss.
- Cass. Regno, 31 marzo 1925, *Foro it.*, 1926, I, c. 282 ss.
- Cass. Regno, 7 gennaio 1928, in *Riv. dir. comm.*, 1929, II, p. 46 ss.

Cass. Regno, 22 febbraio 1937, *Foro it.*, 1937, I, c. 1396 ss.

Cass., 22 giugno 1942, n. 1728, in *Foro it.*, 1942, I, p. 953.

Cass., 21 giugno 1946, n. 732, in *Giur. it.*, 1947, I, 1, c. 32 ss.

Cass. s.u., 1° luglio 1947, n. 1037, in *Giur. it.*, 1947, I, 1, c. 461 ss.

Cass., 4 agosto 1950, n. 2373, in *Giur. it.*, 1951, I, c. 114 ss.

Cass., 21 dicembre 1950, n. 2807, *Foro it.*, 1951, I, c. 573 ss.

Cass., 6 agosto 1951, n. 2931, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1951, II, p. 868.

Cass., 27 novembre 1951, n. 2696, *Foro it.*, 1952, I, c. 11 ss.

Cass., 30 marzo 1954, n. 988, *Foro it.*, Rep. 1954, voce *Vendita*, n. 99.

Cass., 31 marzo 1955, n. 956, in Rep. *Foro it.*, 1955, voce *Patto commissorio*, nn. 1–2.

Cass., 21 luglio 1956, n. 2828, in *Foro it.*, Rep. 1956, voce *Patto commissorio*, n. 6.

Cass., 30 luglio 1957, n. 3229, in *Mass. Foro it.*, 1957, c. 631.

Cass., 10 febbraio 1961, n. 288, *Foro it.*, 1961, I, c. 1155 ss.

Cass., 5 ottobre 1963, n. 2632, in *Giur. it.*, 1964, p. 317 ss.

Cass., 8 maggio 1965, n. 848, in *Foro pad.*, 1966, I, c. 416.

Cass., 3 ottobre 1966, n. 2404, in *Giur. it.*, 1967, I, 1, c. 162 («negozio»).

Cass., 30 marzo 1967, n. 689, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, c. 52 ss.

Cass., 5 febbraio 1969, n. 383.

Cass., 13 dicembre 1969, n. 3969, *Foro it.*, Rep. 1970, voce *cit.*, n. 3.

Cass., 15 settembre 1970, n. 1426, *Foro it.*, Rep. 1970, voce *Patto commissorio*, n. 4.

Cass., 1° febbraio 1974, n. 282, *Foro it.*, 1974, I, c. 1388 ss.

Cass., 14 dicembre 1978, n. 5967, in *Arch. civ.*, 1979, p. 462.

Cass., 10 marzo 1979, n. 1493, in Rep. *Giur. it.*, 1979, voce *cit.*, n. 4.

Cass., 21 gennaio 1980, n. 462, in *Foro it.*, Rep. 1980, voce *cit.*, n. 1.

Cass., 12 novembre 1982, n. 6005, in *Mass. Giur. it.*, 1982, c. 1438.

Cass., 3 giugno 1983, n. 3800, in *Foro it.*, 1984, I, c. 212 ss.; in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1648 ss.; in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 2953; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, p. 97 ss.; in *Riv. it leasing*, 1985, p. 135 ss.; in *Fall.*, 1985, p. 160 ss.; in *Vita not.*, 1983, p. 966 ss.; in *Corr. giur.*, 1985, p. 201 ss.; in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 1899 ss.

Cass., 6 giugno 1983, n. 3843, in *Mass. Foro it.*, p. 803.

Cass., 6 dicembre 1983, n. 7271, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1698 ss.

Cass., 8 maggio 1984, n. 2795, in *Mass. Giur. it.*, 1984, p. 573.

Cass., 3 novembre 1984, n. 5570, in *Foro it.*, Rep. 1984, voce *Patto commissorio*, n. 5.

Cass., 18 maggio 1985, n. 3061, *Foro it.*, Rep. 1985, voce *Contratto in genere*, n. 222.

Cass., 9 giugno 1986, n. 3815, *Foro it.*, 1986, c. 649.

Cass., 6 dicembre 1986, n. 7260, *Foro it.*, n. 5.

Cass., 12 dicembre 1986, n. 7385, in *Corr. giur.*, 1987, p. 287 ss.; in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 545 ss.; in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, p. 117; in *Foro pad.*, 1987, I, c. 194 ss.; in *Riv. giur. edil.*, 1987, I, p. 380 ss.; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, p. 735 ss.; in *Resp. civ.*, 1987, p. 474 ss.

Cass., s.u., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1428 ss.; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, p. 348 ss.; in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 2423 ss.; in *Giur. it.*, 1990, I, 1, c. 104 ss.; in *Riv. not.*, 1989, II, p. 908 ss.; in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, p. 615 ss.

Cass. s.u., 21 aprile 1989, n. 1907, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1821 ss.; in *Foro it.*, 1990, I, c. 205 ss.

Cass., 17 maggio 1990, n. 4283, in *Vita not.*, 1990, p. 535.

Cass., 16 agosto 1990, n. 8325, in *Giur. it.*, 1991, c. 1208 ss.

Cass., 27 febbraio 1991, n. 2126, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, c. 136; in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 3167.

Cass., 19 settembre 1992, n. 10749, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 3055.

Cass. 12 febbraio 1993, n. 1787, in *Giur. it.*, 1994, I, c. 64.

Cass., 1° giugno 1993, n. 6112, in *Riv. dir. comm.*, 1994, II, p. 135.

Cass., 27 settembre 1994, n. 7878, in *Contr.*, 1995, p. 271; in *Foro it.*, 1995, I, c. 1227; in *Notariato*, 1995, p. 225; in *Riv. not.*, 1995, II, p. 1004.

Cass., 28 settembre 1994, n. 7890, in *Corr. giur.*, 1995, p. 60; in *Foro it.*, 1995, I, c. 1227.

Cass., 13 dicembre 1994, n. 10648, in *Mass. Cass. civ.*, 1994.

Cass., 16 ottobre 1995, n. 10805, in *Contr.*, 1996, p. 28 ss.

Cass., 4 marzo 1996, n. 1657, in *Mass. Giur. it.*, 1996.

Cass., 4 novembre 1996, n. 9540, in *Riv. not.*, 1998, p. 1013 ss.

Cass., 6 novembre 1996, n. 9675.

Cass., 10 febbraio 1997, n. 1233, in *Riv. not.*, 1998, p. 299 ss.; in *Notariato*, 1998, 7, p. 142 ss.

Cass., 11 febbraio 1998, n. 1396, in *Riv. not.*, 1998, p. 745 ss.

Cass. 28 maggio 1998, n. 5264, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1998, II, p. 485.

Cass., 3 febbraio 1999, n. 893, in *Corr. giur.*, 1999, p. 1127.

Cass., 24 novembre 2003, n. 17859, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 953.

Cass. 5 marzo 2004, n. 4520, in *Fallimento*, 2005, p. 547.

Cass., 28 aprile 2004, n. 8090, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 1050.

Cass. 19 maggio 2004, n. 9466, in *Contr.*, 2004, 11, p. 979 ss.

Cass., 21 luglio 2004, n. 13580, in *Giur. it.*, 2005, I, p. 924.

Cass., 15 novembre 2006, n. 24299, in *Obbl. e contr.*, 2008, 3, p. 215.

Cass. 1° febbraio 2008, n. 2456, in *Fallimento*, 2008, p. 757.

Cass. 18 gennaio 2010, n. 649, in *D&G*, 2010, 20 ss.

Cass., 3 febbraio 2012, n. 1675, *Foro it.*, 2013, 2, p. 339.

Cass., 9 maggio 2013, n. 10986, in *Vita not.*, 2013, 2, p. 719 ss.

Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Riv. not.*, 2015, 1, p. 182; in *Corr. giur.*, 2016, 4, p. 486 ss.

Cass. 1° luglio 2015, n. 13508, in *Fall.*, 2016, p. 488.

Cass., 5 aprile 2016, n. 6533 in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 9, p. 1183 e ss.; in *Imm. e propr.*, 2016, 12, p. 725 ss.

Cass., 17 gennaio 2020, n. 844, in *Giur. it.*, 2021, 1, 48 ss.

App. Bari, 15 dicembre 1955, in *Foro it.*, 1956, I, 1, c. 463; in *Riv. dir. comm.*, 1958, II, p. 180; in *Giust. civ.*, 1957, I, p. 1960; in *Foro pad.*, 1957, I, c. 767.

App. Roma, 11 settembre 1969, in *Giur. merito*, 1972, I, p. 534.

App. Milano, 29 gennaio 1985 in *Arch. civ.*, 1985, p. 613 ss.

Trib. Avellino, 10 settembre 1957, in *Temi Napoletana*, 1958, I, p. 223.

Trib. Firenze, 15 giugno 1966, in *Giur. it.*, 1967, I, 2, c. 508; in *Riv. dir. comm.*, 1967, II, p. 157.

Trib. Monza, 24 maggio 1988, in *Foro it.*, 1989, I, p. 1271 ss.

BGH 27 novembre 1997, in *Neue jur. Wochenschr.*, 1998, p. 671 ss.

*Sadler v Worley* (1894) in *Chancery*, 2, p. 170 ss.

*Re Continental Oxygen Co* (1897) in *Chancery*, 1, p. 511 ss.

*Re Carshalton Park Estate Ltd* (1908) in *Chancery*, 2, p. 62 ss.

*Re Gregory Love & Co* (1916) in *Chancery*, 1, p. 203 ss. e 209 ss.

*Nicholls V.-C. in Palk v. Mortgage Services Funding Plc* (1993), in *Chancery* pp. 330, 336.